

A polêmica adoção das súmulas vinculantes no direito brasileiro¹

Dario Fava Corsatto²

Resumo

O objetivo do trabalho é discutir a polêmica adoção do instituto das súmulas vinculantes no Direito brasileiro. Inicialmente, são tecidas algumas considerações preliminares, discutindo-se, especialmente, o que representa a adoção desse instituto no Brasil e sua evolução em nosso sistema. O trabalho trata, então, de debater as possíveis vantagens e desvantagens da adoção das súmulas vinculantes. Entre as principais vantagens apontadas pela doutrina, discute-se a possibilidade de conferir um tratamento isonômico aos jurisdicionados, a possibilidade de se atribuir maior previsibilidade aos julgados e a possível agilização e desafogamento da atividade judicante. Entre as desvantagens ou problemas que podem ser gerados pelas súmulas vinculantes, analisa-se o esmaecimento do já tênue limite entre a função jurisdicional e a função legiferante, o empobrecimento da argumentação jurídica, a ofensa à liberdade de convicção dos magistrados, o exarcebamento do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal, problemas com a exegese da nova súmula e a possível ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. Concluímos o trabalho constatando que as vantagens advindas com a adoção das súmulas vinculantes superam com ampla margem as deficiências provocadas pelo instituto.

Palavras-chave: Direito constitucional. Súmulas vinculantes. Vantagens. Desvantagens.

Introdução

O Poder Judiciário sofreu importantes alterações com a edição da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004 (EC 45/04), conhecida como *Reforma do Poder*

¹ Este artigo está cadastrado no Digital Object Identifier System sob o número doi: 10.5102/prismas.2010.07.1.05 Disponível em: <www.publicaçõesacadêmicas.uniceub.br>.

² Mestre em Direito pelo UniCeub, atua como Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União.

Judiciário. Foi criado o Conselho Nacional de Justiça para fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juizes. Procurou-se dificultar a promoção do juiz que, injustificadamente, retenha autos em seu poder, além de se ter determinado que a distribuição de processos seja imediata. Vários mecanismos foram criados para incentivar o aperfeiçoamento da Magistratura. Foi decidido o fim das férias forenses nos Tribunais de segundo grau, de modo a tornar a atividade jurisdicional ininterrupta. Criou-se a possibilidade de se instituir a justiça itinerante, a fim de facilitar o acesso ao Poder Judiciário.

Contudo, uma das maiores inovações trazidas pela EC 45/2004 diz respeito às súmulas vinculantes. Inspirada nos países que adotam o *commom law*, especialmente os Estados Unidos, no qual as decisões proferidas pela Suprema Corte obrigam os demais órgãos do Poder Judiciário, a sistemática de súmulas vinculantes apoia-se na *teoria dos precedentes* ou das decisões sedimentadas, derivadas do brocardo “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido” (*stare decisis et quieta non movere*).

A EC 45/2004 incluiu na Constituição Federal a determinação de que o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 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 (art. 103-A, *caput*).

A grande questão que se coloca é: afinal, a introdução de um instituto tão estranho à nossa realidade jurídica trouxe benefícios para o exercício da jurisdição? E, em caso afirmativo, a referida inovação teria preservado os princípios constitucionais emanados do constituinte originário, especialmente no que se refere ao princípio da separação de poderes? Nosso objetivo é esmiuçar essas questões, analisando as principais vantagens e vantagens declinadas pela doutrina referentes à adoção do instituto no Brasil, bem como enfrentando a questão referente à pretensa inconstitucionalidade da emenda constitucional que inovou a ordem jurídica nacional.

Muitas foram as vozes contrárias que vieram à tona com o surgimento, entre nós, dessa espécie de súmulas, críticas essas que ainda subsistem com grande força.

Há aqueles que defendem que as súmulas vinculantes engessarão o Poder Judiciário, impedindo que os juízes das instâncias inferiores e as partes que nelas atuam oxigenem o pensamento jurídico ao impossibilitar que novas teses jurídicas se desenvolvam, atuando como uma espécie de cerceamento da capacidade criadora de todos quantos atuam nessas instâncias. A essa crítica, soma-se a sensação de que se atribuiu, ao final de contas, um poder exagerado ao Supremo Tribunal Federal, o que pode resultar em um indesejável desequilíbrio de forças, até mesmo porque não haveria como controlar um eventual abuso de poder por parte desse órgão, o qual acabaria atuando como verdadeiro legislador. Há, ainda, a visão de que as súmulas vinculantes seriam uma resposta burocrática e pobre ao fenômeno que ficou conhecido como *crise da justiça*, que vem a ser a incapacidade de o Poder Judiciário responder dentro de prazo razoável às demandas por justiça da sociedade.

A essas críticas somam-se outras. Muitos entendem que haveria um esmaecimento ainda mais acentuado no já tênue limite entre a função jurisdicional e a função legiferante, que, em função do princípio da separação dos Poderes, deveria ser exercido por órgãos distintos. Outros, por sua vez, se mostram irresignados com a ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição que o novo regime acarretaria ao sistema jurídico.

Os defensores das súmulas vinculantes, entre os quais nos filiamos, rebatem cada uma dessas ideias. Entendemos que tal instrumento, se aplicado dentro da previsão constitucional, não compromete o desenvolvimento da doutrina jurídica e nem municia o Supremo Tribunal Federal com um poder desmedido, até porque, dentro do engenhoso sistema de freios e contrapesos que foi sabiamente preservado na arquitetura das súmulas vinculantes, cabe a outro Poder, o Legislativo, exercer o necessário controle sobre elas, bastando para isso a simples edição de uma lei em sentido contrário.

Não queremos com isso dizer que as súmulas vinculantes sejam à prova de abusos – não o são, assim como não é isenta de falha qualquer invenção humana; demonstraremos, contudo, que, da mesma forma que outros bons institutos, as súmulas vinculantes contêm eficaz antídoto contra seu mau uso.

A adoção entre nós da súmula vinculante não apenas preservou o delicado sistema de freios e contrapesos entre os poderes como também trouxe grandes

vantagens à administração da justiça. Por um lado, o instituto tem a capacidade de desafogar o Poder Judiciário de milhares de processos que, no final das contas, teriam o mesmo fim, ainda que siga caminhos diferentes, dependendo da opção processual escolhida, permitindo que se torne realidade a prática de uma justiça mais célere. Por outro lado, o novo instrumento tem o condão de assegurar maior isonomia do jurisdicionado frente às decisões judiciais, tendo em vista a uniformização da jurisprudência que pode ser percebida como consequência da nova concepção.

Em síntese, procuraremos demonstrar, no presente trabalho, que a adoção das súmulas vinculantes tem o potencial de trazer grandes benefícios para o sistema jurídico brasileiro, superando em larga escala os problemas que possam advir dessa inovação.

2 Considerações preliminares

2.1 Súmulas tradicionais ou persuasivas e súmulas vinculantes

Entende-se por súmula (do latim *summula*, sumário, resumo) um enunciado simples e direto – normalmente elaborado em uma única frase – que traduz a interpretação dominante adotada por um colegiado qualquer sobre determinado tema em certa época. A súmula tem a função, portanto, de traduzir, da forma mais didática possível, o entendimento que predomina em um tribunal, poupando a comunidade jurídica de empreender pesquisas jurisprudenciais toda vez que se deparar com certo tema. Tem também a função de poupar os próprios membros daquele tribunal de citar todos os precedentes que escoram suas decisões, bastando que citem a súmula para se fazerem bem entendidos. As súmulas, assim, nasceram com o objetivo de tornar mais transparente o pensamento dos tribunais, conferindo, por via de consequência, maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Pertinente citar conceito de direito sumular adotado em acórdão do STJ (AgRg no Ag 8703/ CE, DJ 02/09/1991):

O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes superiores do País, que visam à “rapidificação” de causas no Judiciário.

Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci enunciam uma interessante lição sobre a evolução de entendimentos consolidados em direção à sua sumulação³:

Em nosso sistema codicista, a tese jurídica que fundamenta uma decisão judicial produz efeito diante do caso sob análise, mas não deixa de servir de exemplo, 'precedente' para decisões subseqüentes. Se esta tese jurídica perfilhada vê-se reiterada de modo uniforme e constante (permanência lógica e temporal) em casos semelhantes, identificamos o que intitulamos 'jurisprudência'. Quando esta tese conquista terreno significativamente majoritário em determinado órgão judicial colegiado, soe acontecer a edição de súmula ou enunciado que positive, desvele pontualmente o entendimento sedimentado.

As súmulas podem ser de dois tipos. Há as súmulas tradicionais, também chamadas de persuasivas, e as súmulas vinculantes. As súmulas tradicionais, aquelas existentes até a promulgação da EC 45/2004, não vinculam, isto é, não obrigam quem quer que seja, nem mesmo as instâncias inferiores, que têm plena liberdade de afastar sua incidência no caso concreto. Na verdade, têm efeito meramente persuasivo, daí a qualificação porque são também conhecidas. A súmula vinculante, diferentemente, a todos obriga, paralisando qualquer atividade em sentido contrário, exceto a atividade legiferante, a qual funcionará como uma das possíveis formas de controle do novo instituto.

A não obrigatoriedade de observância das súmulas tradicionais não lhe esvazia a finalidade, assim como a não vinculação aos precedentes jurisprudenciais não afasta a importância de uma pesquisa ou fundamentação nesse sentido. Quando se pensa em decisões que se sobrepõem no mesmo sentido, fácil ver que um tribunal só muito excepcionalmente se afastará da direção que gradativamente se consolidou. É por isso que se fala em *perfil indiretamente obrigatório* dessa espécie de súmula, conforme a dicção de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco⁴. Pode-se inferir que os casos futuros observarão, via de regra, aquele mesmo raciocínio. Natural, portanto, que as partes e

³ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 304-308.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 915.

os julgadores se orientem por essa diretriz, aquelas evitando demandas sem chance de prosperar, e os magistrados, por outro lado, adotando a lei do menor esforço em simplesmente indicar a matéria sumulada, ou evitando que suas decisões venham a ser reformadas. As súmulas constituem, assim, verdadeiros modelos que são seguidos espontaneamente pela comunidade jurídica.

Dessa forma, ainda que não haja vinculação na observância das súmulas tradicionais ou da jurisprudência não sumulada, tais são importantes instrumentos de norteamento para o trabalho da comunidade jurídica. É dizer, apesar de lhes falecer impositividade, detêm, na verdade, de grande força prática, canalizando o pensamento jurídico em determinado sentido. Dessa forma, podem também ser entendidas como *instrumento de autodisciplina* dos tribunais que a expelem, que somente se afastam de forma fundamentada e excepcional da orientação fixada, conforme lição de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco⁵. Na verdade, mesmo uma única decisão judicial pode cumprir esse papel, quando se converte em um *leading case*, tornando-se um paradigma ou um divisor de águas para as decisões de um determinado tribunal.

Interessante conhecer alguns detalhes processuais referentes à adoção de súmulas tradicionais em nossas principais Cortes (das súmulas vinculantes cuidaremos de forma detalhada depois). No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a inclusão de tais súmulas, bem como sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta (RISTF, art. 102, § 1º). Qualquer dos ministros daquela Corte poderá propor a revisão da jurisprudência compendiada na forma de súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário (art. 103).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, temos que será objeto de súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das Seções, em incidente de uniformização de jurisprudência; também poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes (RISTJ, art. 122, § 1º). A inclusão da matéria ob-

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 915.

jeto de julgamento na súmula da jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros (§ 2º). Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial (§ 3º). Qualquer dos Ministros poderá propor, em novos feitos, a revisão da jurisprudência compendiada na súmula, sobrestando-se o julgamento, se necessário (art. 125, § 1º).

2.2 O que significa a adoção, entre nós, das súmulas vinculantes?

A introdução das súmulas vinculantes aproximou o sistema aqui adotado (bem como nos países de tradição romanística), conhecido como *civil law*, ou romano-germânico, fortemente lastreado na legislação positiva, do sistema denominado *commom law*, de matriz anglo-americana, em que os juízes muitas vezes decidem sem apoio de uma lei positivada, baseando-se especialmente nos precedentes que informam o caso concreto.

Os dois sistemas resolvem as questões jurídicas de modo radicalmente diverso. No *civil law*, a solução dos conflitos se dá ao método dedutivo, partindo sempre do geral (as normas) para o particular (o caso concreto). Já no sistema americano, o método é o indutivo, eis que a solução é pensada apenas para o caso concreto (*pragmatismo exacerbado*), a partir do qual irradia-se o edifício jurídico.

Osmar Mendes Paixão Côrtes⁶ apresenta uma diferenciação entre os dois sistemas e que vale a pena ser transcrita:

Em síntese, pode-se afirmar que a regra do direito na Inglaterra tem um caráter diverso da do sistema romano-germânico. Neste, a regra é marcada pela generalidade, é elaborada em cima de princípios desenvolvidos pela doutrina, e objetiva regular as condutas na sociedade. No direito inglês, a regra deve ser apta a dar, de forma imediata, a solução de um litígio. Os juízes têm a preocupação de resolver determinado caso concreto e, quando várias decisões já foram tomadas em um mesmo sentido, podem utilizá-las como precedentes ou até reconhecer um princípio.

⁶ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 119.

Allan Farnsworth⁷ apresenta uma consistente e bastante citada fundamentação para o sistema anglo-americano:

A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar previsível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juizes.

Inexiste no mundo prático a aplicação pura de qualquer dos dois sistemas. O que há é a predominância de um sistema sobre o outro, com a utilização de institutos híbridos. Aliás, esse hibridismo vem se acentuando com o tempo, em uma tentativa de atenuar as imperfeições de ambos. Essa aproximação nada mais é do que a tentativa de síntese entre uma tese e sua antítese, movimento que vem acompanhando a humanidade desde que nós nos destacamos dos outros seres vivos pela capacidade de raciocinar.

O *civil law* apresenta como principal inconveniente a tentativa de regular todas as possibilidades do mundo dos fatos em uma norma, como se todas as variáveis pudessem ser efetivamente previstas. Já o *commom law* apresenta a desvantagem de, frequentemente, inviabilizar uma visão mais ampla das instituições, por excessivo apego ao caso concreto. A adoção pura de qualquer dos sistemas traz ainda a possibilidade palpável de *perpetuação do injusto*, pois, se por um lado, uma lei injusta não pode ser corrigida pela atividade judicial, por outro lado o apego aos precedentes jurisprudenciais pode levar à perpetuação de erros judiciais.

Mônica Sifuentes⁸ aponta que a aproximação entre os dois sistemas operou também a aproximação dos paradigmas de juiz existentes no mundo ocidental:

⁷ FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 61-68.

⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 75.

A estrutura que se vê, na atualidade, corresponde a essa junção: o juiz dos países de *civil law* construindo o direito, pela jurisprudência; os juízes do *common law* utilizando-se da lei (*statute law*) para fundamentar a suas decisões.

Márcia Regina Lusa Cadore⁹ analisa a crescente influência do *statute law* no direito inglês, aproximando-o do *civil law*:

No século XX, o parlamento editou novas regras em vários campos do direito, em especial no direito privado: no direito de propriedade houve modificações relevantes, no direito de família e no direito do trabalho. Por último, destaca-se a reforma do processo civil inglês com a edição do *Civil Procedure Rules* em 1998. A reforma objetivou alcançar um processo mais rápido e menos custoso, mediante medidas que conferiram às Cortes um papel mais ativo.

No Brasil, as súmulas vinculantes vêm em socorro contra a indesejável adoção pura do *civil law*, de forma a agregar a principal vantagem proporcionada pelo *common law*: a possibilidade de que o Direito se abebere com mais ênfase da sabedoria do passado, conjugando racionalidade e experiência, resultando num justo que vai sendo gradual e lentamente descoberto.

As súmulas vinculantes são, evidentemente, um instituto estranho aos nossos costumes jurídicos, devendo ainda passar por inúmeras adaptações, abrasiando-se gradativamente.

2.3 Evolução do Instituto no Brasil

O Decreto imperial 6.142/1876 pode ser apontado como o embrião das súmulas vinculantes no Brasil. Essa norma tratou dos *assentos de jurisprudência* que permitiam ao então Supremo Tribunal de Justiça manifestar-se sobre dúvidas (divergências) na aplicação da lei por parte dos juízes e tribunais inferiores. Essas manifestações tinham *força de lei*, vinculando, portanto, toda a atividade legiferante das instâncias inferiores. Os assentos de jurisprudência tiveram vida curta, já que pouco tempo depois, em 15/11/1889, viria a ser proclamada a República, fato que tornou obsoleta a maior parte do sistema normativo do Império.

⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 66.

A adoção das súmulas tradicionais, meramente persuasivas, pode ser também considerada um passo em direção às súmulas vinculantes. Elas foram instituídas por emenda ao Regimento Interno do STF, alteração essa aprovada em 13/12/1963. As súmulas tradicionais sempre se apresentaram “meramente como indícios de solução racional e socialmente adequada, como instrumentos de persuasão”, no dizer de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci¹⁰. Não vinculam, por outras palavras.

O nascimento das súmulas ditas persuasivas tem muito a ver com a necessidade de racionalização dos trabalhos judiciários. Vivemos na era da informática, em que uma pesquisa jurisprudencial em geral leva pouco tempo. Contudo, imagine-se os juízes tendo que decidir acerca de inúmeros casos. Decerto, a pesquisa sobre as decisões pretéritas nas várias instâncias judiciárias poderia tomar um excesso de tempo de energia. A esse respeito, vale a pena ler o seguinte depoimento do então Ministro do STF, Victor Nunes Leal¹¹, tido como o grande idealizador da súmula da jurisprudência predominante daquela Corte:

Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. [...] Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a *Súmula* é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como de seus 370 enunciados.

Posteriormente, a Emenda Constitucional 7, de 13/04/1977, aposta à Constituição de 1969¹², passou a prever o cabimento de representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade *ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, *l*). O que se tinha era uma *representação interpretativa*, a qual conferia ao Su-

¹⁰ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 305.

¹¹ Apud LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50.

¹² Formalmente denominada “Emenda Constitucional 1, de 1969”, mas, do ponto de vista material, uma verdadeira Constituição, tanto que foi objeto de várias emendas, em um esquizofrênico processo de *emendas a uma emenda*.

premo “o poder de impor, em processo de natureza abstrata, a interpretação a ser adotada em face de determinado texto normativo”, na lição de Roger Stiefelmann Leal¹³, que prossegue:

A vinculação decorrente da representação interpretativa obrigava *erga omnes*, especialmente os demais juízes e tribunais. Suas decisões assemelhavam-se, dessa forma, às leis interpretativas. Eventual divergência interpretativa deflagrada por outro órgão judicial após a decisão interpretativa do Supremo Tribunal Federal incorria em violação a literal disposição de lei, para efeito de ação rescisória (art. 485, V, do CPC), e negativa de vigência de lei, hipótese suficiente para interposição, à época, de recurso extraordinário (art. 119, III, a, da Emenda Constitucional nº 1/69).

O instituto da representação interpretativa foi mais um passo evolutivo em direção à futura adoção das súmulas vinculantes, na medida em que impunha uma determinada interpretação aos tribunais inferiores. O passo seguinte foi a expedição da Emenda Constitucional 3/1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade e atribuiu-lhe expressamente esse efeito. Em seguida, o Supremo Tribunal Federal passou a atribuí-lo a alguns julgados havidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de modo a garantir simetria entre a ação que garante a constitucionalidade (ação declaratória de constitucionalidade) e a que nega tal atributo (ação direta de inconstitucionalidade).

Posteriormente, a Lei 9.868/1999 estendeu esse efeito expressamente à ação direta de inconstitucionalidade. O passo seguinte foi a edição da Lei 9.882, de 03/12/1999, dispondo sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, atribuindo também a esse instituto o mesmo efeito. Por fim, a própria EC 45/2004 atribuiu efeito vinculante a ambas as ações, de modo a esparcar qualquer dúvida que ainda restasse a esse respeito. Após a publicação da EC 45/2004, a Lei 11.417/2006 veio disciplinar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

O próprio caráter simplesmente persuasivo das súmulas tem evoluído para características progressivamente vinculativas, pelo menos na esfera processual. Esse papel cada vez menos persuasivo e cada vez mais obrigacional das súmulas

¹³ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136.

tradicionais pode ser percebido em algumas modificações recentes efetuadas na legislação. Vejamos¹⁴.

Passou a ser permitido que o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decida o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negue seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrarie, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal (Lei 8.038/90, art. 38).

Posteriormente, a Lei 9.528/97 alterou a Lei do Plano de Benefícios da Assistência Social (Lei 8.213/91) no sentido de permitir que o Ministro da Previdência e Assistência Social autorize o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, súmula ou jurisprudência consolidada do STF ou dos tribunais superiores (art. 131).

O Código de Processo Civil passou a prever permissão para que o relator do processo, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do STJ, conheça de agravo para dar provimento a recurso especial, o mesmo valendo para o recurso extraordinário quanto ao STF (art. 544, § 3º, na redação dada pela Lei 9.758/98, e § 4º, incluído pela Lei 8.950/94). Da mesma forma, o relator negará¹⁵ seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior; por outro lado, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior, o relator poderá dar provimento ao recurso (art. 557, *caput* e § 1º-A, na redação dada pela Lei 9.756/98).

Posteriormente, a Lei 10.352/2001 modificou o referido código para dispor que não se aplica o duplo grau de jurisdição quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do Tribunal Superior competente (art. 475, § 3º). A Lei 11.276/2006, por sua vez,

¹⁴ Evolução legislativa apontada por LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 54-56.

¹⁵ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127.

introduziu regra, segundo a qual, o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, § 1º). Em ambos os casos, temos que todas as súmulas tradicionais dos tribunais relacionados se transformam automaticamente em *súmulas impeditivas de recurso*, paralisando a lide ainda na primeira instância.

Cabe citar também alteração no âmbito do processo do trabalho, segundo a qual cabe recurso de revista para turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte (CLT, art. 896, “a”, alterado pela Lei 9.756/98).

Por fim, a EC 45/2004 trouxe a possibilidade de atribuir efeito vinculante a essas súmulas, desde que tal efeito seja confirmado por 2/3 dos integrantes do STF e após a publicação na imprensa oficial (art. 8º). Podem também continuar a ser editadas, embora seja improvável que o STF o faça.

2. 4 O Instituto e seus similares no direito comparado

O regime obrigacional das súmulas vinculantes inspira-se no sistema de *common law*, especialmente o adotado pelos Estados Unidos, no qual as decisões preferidas pela Suprema Corte obrigam os demais órgãos do Poder Judiciário (mas não a própria Suprema Corte, tal como ocorre no Brasil). É dizer que a sistemática de súmulas vinculantes apoia-se na teoria dos *precedentes vinculantes* (*binding precedents*) ou das decisões sedimentadas, derivadas do brocardo “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido” (*stare decisis et quieta non movere*).

A existência de similitudes entre a súmula vinculante brasileira e o *stare decisis* norte-americano não afasta o fato de existirem diferenças significativas entre esses institutos. Roger Stiefelmann Leal¹⁶ aponta pelo menos três dessas diferenças: a) enquanto

¹⁶ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77.

o efeito vinculante surgiu no âmbito do controle de constitucionalidade europeu, tendo por fim garantir máxima força normativa à Constituição, o *stare decisis* surgiu como resposta à escassa produção legislativa dos primórdios do *commom law*, ou seja, como instrumento de estabilização social substituto da ausência de normas; b) enquanto o efeito vinculante obriga inclusive as instâncias não jurisdicionais, o *stare decisis* vincula apenas o Poder Judiciário, constituindo, dessa forma, “instrumento de coerência interna” desse poder; e c) por fim, enquanto o efeito vinculante tem um caráter impositivo inafastável, no *stare decisis* são reconhecidos, excepcionalmente, certos mecanismos de “in subordinada superação” (*overruling*), de modo que “cabe aos demais órgãos do Poder Judiciário, mediante técnicas decisórias específicas – tais como a superação antecipada (*anticipatory overruling*) ou a superação implícita –, desgarrarem-se dos precedentes da Suprema Corte e decidirem casos de maneira diversa”.

Nesse ponto, importante esclarecer alguns termos utilizados no direito anglo-saxônico. De início, vale destacar que ao lado dos *binding precedents* há os *persuasive precedents*, que, ao contrário dos primeiros, não têm caráter vinculativo. Pela técnica do *prospective overruling*, a nova regra não se aplica ao caso concreto sob análise – ou seja, entende-se que há a necessidade de superação do precedente, mas a inovação do entendimento resguarda o caso em tela. Esse método apresenta um custo: fácil ver que o caso concreto estará sendo julgado por um direito superado, e o litigante perdedor pode sair com a compreensível sensação de que não lhe foi feita justiça. Já pela técnica do *anticipatory overruling*, a superação do precedente é realizada com base em novo entendimento exarado pelas instâncias superiores, mas ainda não materializado em uma decisão concreta. Ou seja: a aplicação do método do *prospective overruling* por parte das instâncias mais altas autoriza desde logo a aplicação da técnica do *anticipatory overruling* por parte das instâncias inferiores, já no caso concreto sob análise, em uma espécie de “delegação de poder de *overruling*”, no dizer de Márcia Regina Lusa Cadore¹⁷.

Osmar Mendes Paixão Côrtes¹⁸ ressalta a possibilidade de nem sempre os precedentes serem vinculativos:

¹⁷ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116.

¹⁸ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 246.

Isso porque as decisões das Cortes Superiores, como a *House of Lords* e a Corte de Apelação, vinculam as das inferiores, mas estas não necessariamente terão suas decisões consideradas por aquelas.

A possibilidade de *overruling*, ou seja, de desconsideração do precedente, é muito mais aceita nos Estados Unidos que na Inglaterra. Pode-se dizer que o apego inglês aos precedentes – o que por vezes acaba atraindo a pecha de vetusto e anacrônico ao Direito praticado naquele país – contrasta com a flexibilidade do sistema americano, o qual permite que o precedente seja avaliado e modificado com muito mais tranquilidade. Quando se trata de Cortes de mesma hierarquia (de nível estadual, por exemplo), temos que o precedente chega a ter autoridade meramente persuasiva. Em ambos os países, contudo, “a referência a precedentes continua a ser ponto de partida obrigatório, passagem típica do *iter* decisório, e os casos de *overruling* são limitados, se consideramos o número de julgamentos” Márcia Regina Lusa Cadore¹⁹.

Márcia Regina Lusa Cadore²⁰ apresenta uma interessante justificativa para a maior inflexibilidade do sistema inglês:

Referida teoria [do precedente judicial] parte do pressuposto de que o *commom law* não é um direito produzido pelos juízes, vale dizer, um direito jurisprudencial, mas é, ao invés disso, um conjunto de costumes jurídicos existentes na Inglaterra desde época imemoriável. Estes costumes são regras não escritas conhecidas por cada bom inglês. A tarefa de verbalizar precisamente tais regras compete aos juízes apenas na apreciação dos casos concretos que lhes são submetidos. Nesse sentido, os juízes são o “oráculo” do direito enquanto expressam o mesmo (*to find the law*), mas não é correto afirmar-se que criam o direito (*to make the law*).

A verdade é que as colônias inglesas na América não importaram *in totem* o modelo inglês, como seria de se esperar. O que vigorou foi uma combinação de esparsos atos legislativos com costumes locais formados nos primórdios da colonização. Houve, nos Estados Unidos, uma acentuada releitura do sistema de *com-*

¹⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60.

²⁰ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

mom law inglês. E não poderia ser diferente, até mesmo em função do contraste existente entre as duas situações: na Inglaterra, vicejava uma aristocracia centralizada e etnicamente homogênea; nos Estados Unidos, nascia uma democracia descentralizada e multirracial.

Márcia Regina Lusa Cadore²¹ aponta, ainda, outras duas importantes diferenças entre as realidades inglesa e americana: a) o processo judicial americano foi construído em bases mais racionais, em contraste com o direito inglês, que refletia a estratificação da sociedade (aristocracia) e era baseado em costumes imemoriáveis (2007, p. 71-2); e b) enquanto na Inglaterra a nomeação dos juízes ocorria somente entre advogados cultos e já consagrados, nos Estados Unidos isso não ocorria, sendo possível a ascensão de jovens advogados à Magistratura, de forma que os debates jurídicos eram mais acirrados e mais influenciáveis pela doutrina.

3 O debate sobre as súmulas vinculantes

Entre as principais vantagens do instituto, apontadas pela doutrina em geral, podemos relacionar as seguintes: a) possibilidade de conferir um tratamento isonômico aos jurisdicionados, o que pode ser especialmente facilitado pela uniformização da jurisprudência; b) possibilidade de conferir maior previsibilidade aos julgados, conferindo maior segurança jurídica à sociedade; e c) agilização e desafogamento da atividade judicante, com o conseqüente barateamento da justiça. Essas vantagens são exteriorizadas de forma reversa por André Ramos Tavares²², conforme segue:

Que juízes isolados ou tribunais continuem a ter o direito de divergir, no exercício de suas funções, da decisão de última instância (STF), apenas gera: (i) falência generalizada da capacidade pacificadora do Direito; (ii) descrédito do STF enquanto Corte máxima; e (iii) aumento do volume de processos e do tempo necessário para alcançar a decisão, mesmo sabendo-se estar previamente determinada pelo STF. É um cenário que beneficia especialmente aqueles que pretendem fazer da Justiça um mecanismo de contenção

²¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 395.

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 217.

da parte contrária no exercício legítimo de seu direito pleiteado.

A doutrina enumera também diversas desvantagens ou problemas que a adoção, entre nós, das súmulas vinculantes poderia ocasionar: a) esmaecimento do já tênue limite entre a função jurisdicional e a função legiferante; b) empobrecimento da argumentação jurídica; c) ofensa à liberdade de convicção dos magistrados; d) exarcebamento do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal; e) problemas com a exegese da nova súmula; e f) ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

3.1 Tratamento isonômico aos jurisdicionados

Não é fácil para o cidadão comum e até mesmo para a comunidade especializada aceitar que uma determinada lide seja objeto de julgados completamente díspares, especialmente para aqueles que se encontram no polo perdedor da relação processual. Se os casos são idênticos ou pelo menos semelhantes, espera-se que as decisões se resolvam no mesmo sentido. A desigualdade da resposta judiciária, frente a lides similares, conduz, inevitavelmente, a um sentimento de injustiça, ameaçando a credibilidade do Direito.

A divergência jurisprudencial não é maléfica, na verdade. É claro que é perfeitamente aceitável que os magistrados decidam os casos que se apresentam de forma diferenciada, frequentemente de forma até mesmo antagônica. É muitas vezes com base nessa divergência que a ciência jurídica evolui. Ademais, julgamentos díspares não ferem imediatamente o princípio da isonomia, ao contrário do que supõe o senso comum. É que o princípio da isonomia, no âmbito jurisdicional, manifesta-se “como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei”, conforme leciona José Afonso da Silva²³. Assim, o princípio da isonomia restará observado se dois juízes diferentes, embora decidindo de forma antagônica casos semelhantes, manifestarem cada qual coerência diante dos diversos casos que se lhes apresentem. Ou seja, a coerência deve existir em relação a cada juiz individualmente. Significa que um mesmo juiz não pode decidir dois casos

²³ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 243.

idênticos de forma diferenciada, mas dois juízes diferentes podem fazê-lo, sem ofensa ao princípio da isonomia.

Contudo, entendemos que haverá malferimento do princípio da isonomia se casos semelhantes se *consolidarem* com soluções diferentes, e tanto maior será a ofensa a esse princípio informador de toda a ordem jurídica quanto mais díspares forem as decisões. Indubitável que em alguma instância superior deve haver a pacificação do entendimento. Portanto, certo nível de uniformidade dos julgados em última instância é uma meta que deve ser perseguida, eis que traz em seu bojo sentimentos como administração por igual da justiça e equidade. “O critério do sorteio na distribuição de recursos perante um Tribunal não se apresenta como adequado a justificar decisões diversas para casos idênticos”, assevera com muita razão Márcia Regina Lusa Cadore²⁴. A loteria processual deve ser de alguma forma controlada ou compensada. Complementa a autora:

A ocorrência de julgamentos eternamente díspares causa insegurança comprometendo, inclusive, a confiança do cidadão no órgão encarregado de prestar a jurisdição. Assim, assevera-se que aceitação social das decisões passa, necessariamente, pela busca de um critério jurídico único para casos semelhantes, o que não significa sustentar uma única resposta jurídica correta.²⁵

Veja-se a interessante observação proferida por José Maria Rosa Tesheiner²⁶ a título de prefácio à obra de Márcia Regina Lusa Cadore (2007):

Casos idênticos, sentenças diferentes. Inexplicável para os leigos. Deveria escandalizar os profissionais do Direito, não fora uma deformação própria de sua formação. O tratamento igual de situações iguais constitui princípio elementar de justiça. O princípio da isonomia, expresso na Constituição Federal, é desmentido cada vez que, em identidade de situações, uma sentença discrepa de outra, fenômeno corriqueiro, aceito como “normalidade”. [...] Cada um faz “justiça” no seu processo, e a soma dessas decisões justas produz injustiça.

²⁴ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 242.

²⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

²⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 387.

No mesmo sentido, muito lúcido o posicionamento de André Ramos Tavares, que associa a coerência de julgados do Poder Judiciário com sua própria sobrevivência²⁷:

Justamente por se tratar de um sistema pautado pela isonomia e identidade das fontes de comando (os textos normativos são os mesmos) é que o direito precisa eliminar as contradições internas que eventualmente ocorram (em seus órgãos oficiais de execução do Direito). O sistema jurídico não está isento, pois, de conter elementos contrários dentro de si. Esse é um dado não só possível como admitido pela própria Constituição (ao criar, *v.g.*, a ação direta de inconstitucionalidade). O que se faz imperioso é eliminar os já existentes e prevenir o surgimento de outros. A preocupação com eventuais incongruências internas é de alta relevância, pois as incompatibilidades normativas intra-sistêmicas podem custar ao ordenamento jurídico sua própria existência.

O próprio Superior Tribunal de Justiça costuma fazer constar em seus ementários um pequeno texto sempre que pretende infirmar que a sua jurisprudência seja observada e respeitada, inclusive pelos seus próprios membros:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la (AE REsp 228432/Corte Especial).

Sabemos que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são guardiões da Constituição da República e da legislação federal, respectivamen-

²⁷ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 387.

te. Mas o que significa ser guardião de um sistema normativo, senão zelar pela unidade e pela coerência de tal sistema? Atribuir mera função recursal a essas Cortes, como se fossem apenas uma terceira instância, seria insuficiente para tão importante missão. Calmon de Passos chega a defender que todos os tribunais superiores sejam dotados de força vinculante:

Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa *via crucis* imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, porém muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores²⁸.

Convém que ao menos o Supremo Tribunal Federal, nossa máxima instância, disponha de instrumento mais firme do que a mera sedimentação de julgados para firmar entendimento inarredável. As súmulas vinculantes, embora não sejam o único e nem mesmo o mais importante instrumento de uniformização de jurisprudência, têm uma importante contribuição a dar no que se refere a conferir um tratamento mais isonômico aos jurisdicionados. No mínimo, pode-se dizer que “elas constituem um relevante instrumento de padronização da interpretação jurídico-constitucional”, no dizer de Glauco Salomão Leite²⁹.

Por meio das súmulas vinculantes, o STF firma determinado posicionamento sobre matéria constitucional que deverá ser observado por toda a administração pública, bem como por todas as instâncias inferiores, conforme já vimos. Passa a existir não só a igualdade de todos perante a norma, mas também a igualdade de todos perante os julgados. O princípio da igualdade, expressamente propugnado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*), resulta enobrecido e fortalecido.

3.2 Maior segurança jurídica

Dizer segurança jurídica é dizer previsibilidade: das regras que informam o jogo legislativo, da margem de ação que se atribui à administração e, também, da ati-

²⁸ PASSOS, J. J. Calmon. Súmula vinculante. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, 1997, p. 632.

²⁹ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 6.

vidade jurisdicional que emana dos julgados. Previsibilidade não significa certeza, mas margem de certeza. Assim, temos segurança jurídica quando podemos dizer, com boa margem de acerto, que determinada conduta não será recriminada se questionada judicialmente. Não é por outro motivo, se não o de conferir segurança jurídica à população, que a Constituição Federal prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Ora, se determinada conduta não for proibida por lei, então o particular pode presumir com tranquilidade que aquela conduta lhe é facultada.

Com diz Osmar Mendes Paixão Côrtes³⁰, “para as relações sociais fluírem regularmente e com segurança, essencial à previsibilidade, para o futuro e para o passado”. Márcia Regina Lusa Cadore³¹ corrobora com o entendimento que associa segurança jurídica com previsibilidade:

O princípio da segurança jurídica, enquanto elemento constitutivo do Estado de Direito, assegura ao cidadão que seus atos terão os efeitos previstos no ordenamento jurídico. Trata-se da segurança jurídica entendida como previsibilidade.

No sistema de *common law*, a previsibilidade é extraída das regras e princípios embutidos nos casos concretos, ou seja, nos precedentes. Esse é o ensinamento de Konrad Zweigert e Hein Kötz³²:

Estas regras e princípios gerais, que os juízes do *common law* extraem da massa de casos concretos por um processo indutivo e um método comparativo, dá ao sistema um considerável grau de ordem interna e, portanto, de previsibilidade (tradução nossa).³³

No nosso sistema do *civil law*, a segurança jurídica é alcançada pelo direito positivada e pela previsibilidade dos julgados. Osmar Mendes Paixão Côrtes³⁴ ex-

³⁰ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

³¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 243.

³² ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon, 1998. p. 269.

³³ “These general rules and principles, which common law judges have drawn out of the mass of case material by an inductive and comparative method, give the case-law a considerable degree of inner systematic order and hence of community and predictability”.

³⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 34.

prime com muita felicidade os elementos que compõem o vetor segurança jurídica, sob qualquer prisma jurídico:

A existência de normas (sejam legisladas ou não), de parâmetros para os julgadores (sejam vinculativos ou não), a presença das características da imutabilidade (o que foi decidido não ficará indefinidamente sendo questionado) e da previsibilidade para os jurisdicionados (para que possam guiar suas condutas futuras), são elementos essenciais para que seja implementado o valor segurança jurídica.

Nesse sentido, as súmulas vinculantes são instrumentos bastante apropriados para conferir maior segurança jurídica ao cidadão. Afinal, uma vez expedidas, fica-se sabendo que toda a administração pública, bem como todos os juízes, ficam atrelados às suas razões de decidir, sem possibilidade de surpresas, com grau máximo de previsibilidade, sob pena de correção pela via da reclamação diretamente ao Supremo. Há, com isso, indubitavelmente, um expressivo fortalecimento do princípio da segurança jurídica.

Há de se notar que o princípio da segurança jurídica se dá em função de firmar um entendimento para a norma, estabilizando sua interpretação, assim como suas partes literais – ou seja, aquelas que praticamente não demandam interpretação – já apresentam de plano essa estabilidade. Ou seja, se todos esperam que a norma pacifique as relações jurídicas, não é aceitável que partes da norma, por divergências interpretativas, tragam incerteza jurídica. Assim, as súmulas vinculantes têm o potencial de cumprir esse papel de estabilizador da norma, aumentando a segurança jurídica da sociedade e, mesmo reflexamente, assegurando isonomia aos jurisdicionados com tal estabilização.

3.3 Agilização, desafogamento e barateamento da justiça

A Constituição Federal dispõe que a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII). Uma prestação jurisdicional ágil, que transcorra em tempo aceitável ao senso comum, passou a constituir expressa garantia ao exercício dos direitos fundamentais, a partir da EC 45/2004. No dizer de André Ramos Tavares³⁵,

³⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 387.

“é impossível e insuportável optar pela eternização das discussões judiciais”, ou seja, as demandas têm que encontrar um fim, e que esse fim seja o quão breve quanto possível.

Não é difícil imaginar que a agilização da justiça esteja diretamente associada com o desafogamento do Poder Judiciário. Muito se fala que o Poder Judiciário brasileiro esteja sobrecarregado de processos, e que seria preciso fazer algo para resolver essa situação. A análise de alguns dados comprova esse quadro, como veremos em seguida.

Começemos pela quantidade de ações ajuizadas por juiz, tomando por base relatório publicado pelo Banco Mundial em 2006. No Brasil, há, anualmente, 1.367 ações por juiz, considerando apenas a justiça estadual, federal e trabalhista (excluiu-se da análise a justiça eleitoral e a militar, bem como a de pequenas causas). Esse número é bem superior do que aquele verificado em muitos países: México³⁶ (650), Argentina (875), Inglaterra e País de Gales (891), França (477), Itália (700) e Alemanha³⁷ (678).

Nas instâncias superiores os números são ainda mais impressionantes. O Supremo Tribunal Federal recebeu 127.537 processos em 2006, e julgou 110.284 deles. Ou seja, cada Ministro julgou, em média, mais de 10 mil processos ao longo do ano! No Superior Tribunal de Justiça o quadro foi semelhante. Foram recebidos 251.020 processos, tendo sido julgados 262.343 processos (houve redução de estoque, portanto). Para cada Ministro coube o julgamento de quase 8 mil processos, tomando-se pela média.

Na sessão de abertura do ano judiciário de 2009, o Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes³⁸, proferiu discurso no qual saudava que “pela primeira vez o Supremo experimentou significativa diminuição, cerca de 41% no total de processos distribuídos, obtida principalmente com a aplicação do instituto da Repercussão Geral”.

Apesar da fala do Presidente do STF, dando destaque unicamente ao instituto da repercussão geral para a queda na distribuição de processos no âmbito

³⁶ Considerando apenas o Distrito Federal.

³⁷ Exceto por México e Argentina, nos outros países a pesquisa levou em consideração o número de sentenças por juiz, ao invés de número de ações ajuizadas.

³⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/PublicacaoInstitucionalAberturaAno/anexo/Plaqueta_de_Abertura_Ano_Judiciario_2009.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

do STF, acreditamos que as súmulas vinculantes também contribuíram para esse cenário. É que o *modus operandi* do requisito da repercussão geral permite verificar com maior clareza o quantitativo de recursos que deixaram de ser analisados pelo Supremo em virtude dessa inovação. Vejamos. Interposto um recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de 2/3 de seus membros³⁹ (CF, art. 102, § 3º). Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 543-B, *caput*). Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (§ 1º). Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (§ 2º). Ora, fácil ver que, com essa sistemática, a estatística de quantos processos tenham deixado de subir ao STF por força da repercussão geral é de aferição simples, bastando que os tribunais inferiores informem esses dados a uma central, como já é feito.

Já com relação às súmulas vinculantes, a apuração de processos que deixaram de ser movimentados precisa ser bem mais sofisticada. Sabemos que grande parte do congestionamento processual se deve ao obrigatório duplo grau de jurisdição que, via de regra, a Administração Pública precisa observar. Quando perde uma lide, o administrador tem o dever funcional de recorrer da decisão. Havendo súmula vinculante em desfavor dos interesses da Administração, nem mesmo uma lide chega a se formar, pois o administrador não vai tomar um caminho que vai resultar em reclamação no STF. A renúncia da procura ao Judiciário é de difícil apuração pelos métodos quantitativos, por motivos óbvios.

Mesmo assim, cabe destacar que, na ocasião da aprovação da Súmula vinculante 4, ocorrida em 30.04.2008, assim se pronunciou o Presidente do STF:

³⁹ Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1º).

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
– Senhores Ministros, registro que esta decisão repercute sobre quinhentos e oitenta processos no Supremo Tribunal Federal e, no âmbito do TST, pelas informações provisórias, algo em torno de dois mil, quatrocentos e cinco processos. Vejam, portanto, o alcance dessa decisão e desse novo procedimento que estamos a declarar.⁴⁰

Uma justiça morosa é, necessariamente, uma justiça cara, eis que maior é a infraestrutura necessária para suportar um trâmite moroso, especialmente no que se refere a recursos humanos. Uma justiça onerosa é especialmente inaceitável no caso brasileiro, um país repleto de necessidades sociais a serem atendidas. Márcia Regina Lusa Cadore bem abordou esse aspecto do problema⁴¹:

O reconhecimento da relevância do escopo social da jurisdição levou ao exame do processo no qual é prestada: o Brasil é um país de contrastes sociais terríveis, e há comprovada escassez de recursos públicos para atendimento das necessidades básicas (saúde, educação, segurança, habitação, cultura etc). A jurisdição, enquanto atividade estatal realizada por meio de um processo, tem custos financeiros e, não raro, a sua prestação demanda tempo incompatível com a urgência de quem dela necessita.

Cabe registrar, contudo, que apesar de entendermos que a adoção das súmulas vinculantes pode ser decisiva para desestimular demandas judiciais inúteis, desafogando e barateando o Judiciário, há autores que entendem que o instituto pode provocar o efeito contrário. Roger Stiefelmann Leal⁴² alerta que foi justamente isso o que ocorreu na Alemanha e na Espanha:

A adoção do efeito vinculante na Alemanha, apesar do menor índice populacional e extensão territorial, não impediu que o número de processos submetidos ao juízo do Tribunal Constitucional Federal praticamente dobrasse entre os anos de 1990 e 1995. [...] Por seu turno, o Tribunal Constitucional da Espanha, cujas decisões também produzem efeito vinculante, teve aumentada em aproximadamente 700% a quantidade de processos distribuídos entre os anos de 1985 e 2003.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudencia_SumulaVinculante/anexo/DJe_105_11_06_2008.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

⁴¹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 240.

⁴² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 180.

O autor ressalva que esse possível efeito indesejado não invalida nem diminui a importância do instituto, eis que sua principal finalidade reside em coibir a recalcitrância dos demais agentes estatais em se renderem às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Mas a preocupação com o efeito reverso do aumento de processos reside também em Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco, os quais alertam para o que se segue⁴³:

A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimentos que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal.

Contudo, da preocupação externada pelos autores, bem cuidou a lei ao prever que, contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas (Lei 11.417/06, art. 7º, § 1º). Assim, deve-se, primeiramente, tentar resolver a questão no âmbito administrativo.

2.4 Esmacimento do limite entre as funções jurisdicional e legiferante

É bastante antigo o debate doutrinário acerca da fixação dos limites entre a função legiferante e a função jurisdicional, no sentido de que esta última, muitas vezes, invade o espaço de competência da primeira – quando o juiz se arvora na posição de poder criar o direito, extrapolando sua pretensa função original de apenas aplicar a lei.

A discussão de fundo refere-se ao princípio da separação dos poderes. A CF preceitua que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). Aristóteles já identificara, ainda que precariamente, uma especialização dos poderes. Mas diz-se frequentemente que devemos a Montesquieu a divisão dos Poderes entre Executivo, Legislativo e

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 919.

Judiciário, tal como a conhecemos hoje. Isso porque Montesquieu, a certa altura, afirma o que se segue⁴⁴ (1995, p. 168):

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

Seja como for, na verdade, não há que se falar em divisão de poderes, pois *o poder é uno e indivisível*, embora multifacetado em sua manifestação. Assim, uma decisão judicial, por exemplo, nada mais é que a manifestação do poder do Estado em decidir uma lide entre seus jurisdicionados; e na promulgação de uma lei temos, novamente, a manifestação do poder estatal de editar normas cogentes, que a todos obrigam. É sempre o mesmo poder que fundamenta esses atos, apenas temos que esse poder se manifesta de várias formas diferentes. O que realmente existe é uma repartição de *funções estatais* entre órgãos especializados. Podemos fazer uma analogia com o poder do proprietário de uma grande empresa, que se manifesta pelos atos de seus diretores. Ora, a empresa é dividida em diversos departamentos especializados, que agem com independência, mas que, no fundo, manifestam a vontade de um único centro de poder, de onde emana toda a autoridade. Assim, são três as funções estatais básicas tradicionais – a função legislativa, a função judiciária e a função administrativa – às quais vem-se acrescentando, hodiernamente, uma quarta função, a fiscalizatória – todas as manifestações do poder estatal.

⁴⁴ Contudo, apesar dessa passagem, os estudiosos da obra montesquiana afirmam que, na realidade, esse pensador não considerava o Judiciário como um autêntico poder, pois tal seria neutro. A passagem seguinte da obra de Montesquieu comprovaria esse entendimento: “Eis, assim, a constituição fundamental do governo que fálamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo poder legislativo. Esses três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles serão obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo” MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995. p. 198. Seriam, portanto, os seguintes os três poderes preconizados por Montesquieu: o Poder Executivo e cada uma das Câmaras do Poder Legislativo.

Por tudo quanto vimos, podemos dizer que o poder é organicamente exercido por três divisões (Executivo, Legislativo e Judiciário), mas se manifesta funcionalmente de quatro formas diferentes (executiva, legislativa, judiciária e fiscalizatória). É por isso que se diz que o princípio da separação de poderes não é absoluto, o que significa dizer que há a possibilidade, *desde que expressamente previsto no texto constitucional*, de que uma das divisões orgânicas do poder venha a exercer funções próprias de outra divisão. É que cada poder exerce uma função precípua, predominante, mas também se arvora em funções dos outros poderes para viabilizar certas atividades. Ou seja, cada poder exerce funções *típicas*, especializadas, e *atípicas*, próprias dos outros poderes.

O Poder Executivo, por exemplo, tem a função típica de administrar o Estado e as funções atípicas de legislar (editando medidas provisórias), julgar (administrativamente) e fiscalizar (por meio do controle interno e de suas corregedorias). O Poder Legislativo, por sua vez, tem as funções típicas de elaborar leis e de fiscalizar a coisa pública, exercendo, portanto, dupla função, e as funções atípicas de administrar (poder de autogoverno) e julgar (possibilidade de julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade). O Poder Judiciário, por fim, exerce a função típica de aplicar o Direito, e as funções atípicas de administrar (poder de autogoverno), legislar (possibilidade de editar seus próprios regimentos) e fiscalizar (por meio do controle interno e de suas corregedorias).

Assim, o conflito entre o exercício das atividades legiferante e judicante pode ser, na verdade, um conflito referente à separação dos poderes, se entendermos que um Poder estaria invadindo o espaço de outro. Mas, por outro lado, pode não sê-lo, se entendermos que as formas de exercício do poder na verdade se distribuem naturalmente entre os Poderes organicamente dispostos. No caso das súmulas vinculantes, contudo, esse conflito sempre existirá, dadas as peculiaridades do instituto.

Embora alguns autores neguem a possibilidade de conflito entre a atividade judicante e a atividade legiferante⁴⁵ – para estes, a súmula enquadra-se obrigato-

⁴⁵ Márcia Regina Lusa Cadore, por exemplo, assim se posiciona: “Estabelecido que as funções do princípio da separação e independência entre os poderes não é absoluta, mas dependentes da conformação constitucional, parece certo afirmar que a adoção da súmula vinculante não descaracteriza o princípio, ainda que se possa reconhecer a atribuição de poder com caráter normativo ao Poder Judiciário” CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 100.

riamente em comando normativo preexistente, não sendo possível a extrapolação desse comando⁴⁶ – entendemos que o conflito de fato existe, eis que os enunciados de súmula guardam grande semelhança com as disposições normativas. Em ambos os casos, temos enunciados simples, diretos, lacônicos e, o que é mais importante, com praticamente a mesma força obrigacional (apenas os destinatários das súmulas vinculantes são em menor número que o das leis). Assim, se o problema já existia quando o juiz decidia apenas o caso concreto, é de se imaginar o quanto pode restar ampliado em função da adoção das súmulas vinculantes.

Não é por outro motivo que Hans Kelsen prefere um sistema menos flexível, mas fundamentado em maior segurança jurídica, a outro em que os juízes tenham maior liberdade para criar⁴⁷:

Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao direito se poderem orientar na conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente,

⁴⁶ Nesse sentido, LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p.314-315 e CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 197. Kelsen tem uma perspectiva interessante sobre a questão: “A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito, mas apenas aplicam Direito já criado. Essa teoria implica a idéia de que só há normas jurídicas gerais, aquela implica a idéia de que só há normas jurídicas individuais. A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 283.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 279.

à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado de Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.

O problema notório é que toda lei tem que ser interpretada, eis que qualquer aplicação de uma regra nascida do engenho humano a um caso concreto – subsunção de uma tese a uma situação fática – demanda por si só, ainda que em diminuta escala, um ato interpretativo. Chega-se a dizer que a regra é, em última análise, a sua interpretação. Mas a concretização da Constituição Federal demanda uma atividade interpretativa bem maior do que aquela que normalmente ocorre quando da aplicação da legislação infraconstitucional. É que os dispositivos constitucionais apresentam uma maior *elasticidade semântica* – o termo é de Glauco Salomão Leite⁴⁸ – pois é próprio das Constituições exteriorizarem princípios e diretrizes gerais, vagos e imprecisos por natureza. O Direito Constitucional, mais do que qualquer outro ramo do Direito, só consegue se materializar plenamente nos julgados, sendo um Direito jurisprudencial por excelência. O juiz constitucional é *forçado a ser livre*⁴⁹, no sentido de que precisa buscar a solução para o caso concreto fora do texto constitucional, em função de este ser, em regra, insuficiente para dar a melhor resposta. É por isso que se diz que *é constitucional tudo aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que o é*, querendo esse brocardo significar que a completude do Direito Constitucional só será encontrada na jurisprudência construída pelos magistrados daquela Corte.

Sendo inevitável a atividade interpretativa, a ciência jurídica cuidou de criar alguns métodos para tal (literal, lógico, sistemático, histórico), os quais têm a função de diminuir a margem de arbítrio do julgador. Contudo, ainda assim, temos que, inevitavelmente, “toda interpretação judiciária é criativa, assim como toda atividade interpretativa o é: na literatura, na música, no teatro ou na pintura, ainda que sem a consciência do intérprete”⁵⁰. Ou, no dizer de André Ramos Tavares⁵¹,

⁴⁸ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 42.

⁴⁹ A expressão é de Mauro Cappelletti apud LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 42.

⁵⁰ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 123.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 385.

“toda aplicação de lei pressupõe um ato interpretativo, e a interpretação constitui um ato de criação do agente”.

Se toda atividade interpretativa é criativa – e isso só não é verdade para certa corrente doutrinária, com a qual não nos filiamos⁵² –, então a edição de súmulas vinculantes também o será, necessariamente. E até que ponto é legítimo que os julgadores criem o direito em um nível obrigacional tão extenso? Afinal, eles não detêm um mandato obtido nas urnas, embora se possa ressaltar que os Ministros do STF submetem-se a um rito político de nomeação – são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal (CF, art. 84, XIV). Seja como for, se antes o problema da criatividade dos juízes se limitava ao caso concreto, agora o problema que se embute nessa criatividade pode ocorrer em larguíssima escala.

A questão da abrangência que assume uma interpretação do STF é bem abordada por Glauco Salomão Leite, para quem, embora se veja com certa naturalidade o fato de os juízes criarem direito ao interpretar as leis, na concretização delas, muitas vezes não se aceita com a mesma tranquilidade esse nível de criatividade no âmbito constitucional, quando produzida por uma Corte constitucional com poder de dar definitividade a esta ou aquela interpretação constitucional. O autor assim complementa seu raciocínio⁵³:

É que, nesse caso, estar-se-ia gerando direito do mais elevado patamar hierárquico-normativo por uma instância judicial hierarquicamente superior, criando-se um dilema: de um lado, considerar-se que todos os poderes estão vinculados à Constituição e, de outro, que compete ao tribunal constitucional estabelecer a última palavra sobre mesma Constituição, incluindo a interpretação de suas próprias competências.

Mas o problema não para na maior abrangência do Direito Constitucional. Agora, as questões que se seguem passam a ter um alcance muito maior: a) É pos-

⁵² Estamos com os *realistas*, que admitem que a vontade do juiz é influenciada por fatores externos, extralegais, vale dizer. Em contraposição a essa corrente, situam-se os *dogmáticos*, que não admitem qualquer possibilidade de ação criativa por parte dos juízes, os quais devem tirar da lei a solução de todos os litígios, ignorando quaisquer influências extraordinárias.

⁵³ LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 44.

sível decidir um caso *contra legem*, buscando fundamentação nos princípios de direito? Se, sim, então podemos ter uma súmula vinculante que contradiga frontalmente a Constituição Federal; b) Pode o julgador construir uma solução jurídica para o caso concreto, quando a Constituição for lacunosa? Se, sim, então a súmula vinculante pode ela própria, na prática, criar uma norma com *status* constitucional, capaz de colocar por terra a legislação infraconstitucional. Fácil perceber, portanto, que o regime das súmulas vinculantes pode funcionar como uma caixa de ressonância para essas delicadas questões que, com as devidas adaptações, já eram enfrentadas na relação entre decisões judiciais *versus* sistema normativo.

Não temos resposta para questionamentos tão complexos, até porque refofem ao âmbito do presente trabalho. Nosso objetivo aqui é apenas deixar registrado que as súmulas vinculantes agravam toda essa problemática, que, se não encontravam uma solução fácil no regime até então vigente, certamente demandarão muito maior reflexão da comunidade jurídica para serem solucionadas.

2.5 Empobrecimento da argumentação jurídica

Possivelmente a maior crítica que se faz em relação à adoção das súmulas vinculantes reside no alegado *empobrecimento* da argumentação jurídica, impedindo que os juízes das instâncias inferiores e as partes que nelas atuam oxigenem o pensamento jurídico ao impossibilitar que novas teses se desenvolvam, atuando como uma espécie de cerceamento da capacidade criadora de todos quantos atuam nessas instâncias.

Alguns críticos falam até mesmo em *engessamento* da ciência jurídica – ou seja, haveria mais do que um simples empobrecimento argumentativo. Essa visão mais radical não tem como se sustentar nem mesmo sob uma análise perfunctória, daí porque pretendemos descartá-la de plano, com dois rápidos argumentos. Em primeiro lugar, temos que a EC 45/2004 prevê a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula, e são vários os legitimados para apresentar tais propostas. Note-se que superar um entendimento por meio da revogação de uma súmula é muito mais rápido, simples e eficaz do que superá-lo por meio do sistema tradicional de recursos em massa. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Augusto Gonet Branco citam interessante observação nesse sentido do Min.

Sepúlveda Pertence, do STF, em pronunciamento ocorrido perante a Câmara dos Deputados⁵⁴:

É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada.

É claro que argumentar contra uma súmula vinculante exigirá um esforço muito maior de tantos quanto postulem nesse sentido – o que demandará, certamente, uma sólida pesquisa em busca de aspectos ainda inexplorados ou maior esforço para demonstrar as alterações ocorridas na realidade econômica e social –, o que é muito altamente desejável, vale dizer. De qualquer forma, é inegável que o procedimento como um todo se torna mais racional.

Em segundo lugar, embora o STF seja o único a julgar tais propostas, a composição da Corte varia ao longo do tempo, de forma que seu pensamento se renova de tempos em tempos, ainda que essa renovação se dê em maior ou menor velocidade, a depender da idade dos Ministros. Como se sabe, os Ministros exercem cargo vitalício até os 70 anos, quando são aposentados compulsoriamente. Essa questão é abordada por Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci⁵⁵,

É preciso salientar, outrossim, que também a renovação dos membros da Corte pode provocar nova reformulação sumular, dada a renovação do conhecimento jurídico que pode ser levada a cabo quando da alteração do quadro de Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Cabe acrescentar também a importante observação de Márcia Regina Lusa Cadore, vazada nos seguintes termos⁵⁶:

Sem dúvida uma das mais importantes virtudes da jurisprudência sempre foi a capacidade de adaptar-se às mudanças socioeconômicas do país e esta constatação, decorrência mesmo das características da função

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 915.

⁵⁵ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 310.

⁵⁶ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 106.

jurisdicional, não parece ficar afastada pela atribuição de caráter vinculante às súmulas.

Descartada a hipótese mais drástica de engessamento do saber jurídico, agora podemos verificar se há o *empobrecimento* da ciência do direito. Ocorre que, ainda que no âmbito do Poder Judiciário a questão não mais seja *formalmente* discutida, existem muitos outros canais de exteriorização para uma nova argumentação, quais sejam as discussões doutrinárias que podem ocorrer em livros, revistas jurídicas, seminários, congressos, debates, aulas etc. Esse debate envolve também os juízes, os quais, ainda que se vejam obrigados a se curvarem às súmulas vinculantes aprovadas pelo STF, podem manifestar irrisignação em todos os veículos citados. Toda essa argumentação pode, ainda que de forma reflexa, acabar reverberando junto ao STF, até mesmo porque a doutrina é importante fonte de fundamentação das decisões dos magistrados, como se pode constatar facilmente em qualquer pesquisa jurisprudencial.

O que queremos demonstrar é que a necessária evolução do pensamento jurídico não pode ser utilizada como argumento para que se instale um quadro de permanente litigiosidade na sociedade, especialmente quando a nossa maior Corte toma um posicionamento qualificado e incontestado. Bastante lúcido o posicionamento de Roger Stiefelmann Leal⁵⁷, nesse sentido:

A instituição de canais de diálogo entre a jurisdição constitucional e os demais órgãos e poderes estatais, de modo a permitir a necessária oxigenação da jurisprudência constitucional, não é justificativa plausível para que se dê lugar a um estado de controvérsia política permanente, mitigando o prestígio da jurisdição constitucional e da Constituição, bem como a segurança e a estabilidade indispensáveis às relações interpessoais e, principalmente, interpoderes.

O debate jurídico não deve se dar às custas da morosidade judicial ou da segurança jurídica da sociedade, ou em sacrifício do princípio da isonomia. Processos judiciais não são os meios mais adequados para suportar grandes embates jurídicos – o ideal, na verdade, é que o Judiciário se preocupe com as questões de fato, não com questões de direito, que devem estar o mais clarificadas possível para as partes envolvidas.

⁵⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111-112.

2.6 Ofensa à liberdade de convicção dos magistrados

O princípio do livre convencimento dos magistrados norteia o nosso sistema jurídico. Dispõe o Código de Processo Civil que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131). Temos, dessa forma, que o juiz tem ampla liberdade para decidir o litígio, dando a ele a solução que lhe pareça mais apropriada, segundo seu próprio convencimento, desde que dentro dos parâmetros legais e desde que o faça de forma fundamentada.

Contudo, como soe acontecer com todo princípio, a liberdade de convicção dos juízes não deve ser considerada de forma absoluta, devendo, ao contrário, ceder a outros princípios igualmente importantes, adotados pelo nosso ordenamento jurídico. A independência funcional que se atribui ao magistrado não deve ser compreendida como um fim em si mesmo, mas como um instrumental para preservar a imparcialidade do julgador, um terceiro imparcial, *tertius super partes*. Luiz Flávio Gomes⁵⁸ esclarece:

Concebemos a independência judicial desse modo, não como um fim em si mesmo, senão como um meio, um conceito instrumental em relação à imparcialidade, a serviço da idéia de que o juiz deve sempre atuar como terceiro na composição dos interesses em conflito, com a lei como ponto de referência indiscutível.

Deve-se pesar se a possibilidade de se conferir um tratamento mais isonômico aos jurisdicionados, aliada à maior previsibilidade dos julgados (maior segurança jurídica) e à agilização da atividade judicante, com o conseqüente barateamento da justiça, são valores que valem mais ou menos que a mitigação do princípio do livre convencimento dos magistrados.

Pensamos que os primeiros valores, somados, têm muito maior peso que a mitigação do último, até porque se trata justamente de uma mera mitigação (bastante aceitável, por sinal, eis que se trata de uma capitulação frente a uma Corte Suprema, em assuntos específicos), não de uma supressão.

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 42.

Vejamos o interessante posicionamento de Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci⁵⁹:

A figura das súmulas vinculantes não retira, de nenhuma forma, a liberdade de julgar dos magistrados de instâncias inferiores. Estes continuarão a participar da interpretação da Constituição até o momento em que, em processo no qual *a quaestio juris* seja a mesma, crie o Supremo Tribunal Federal súmula sobre o assunto.

Não se pretende reduzir o magistrado a um mero autômato, simples aplicador do que diz a lei. O juiz é um agente político do Estado, não um mero burocrata. Mas as súmulas vinculantes dizem respeito a um pequeno universo de matérias, necessariamente de índole constitucional. É natural que se atribua a um órgão de cúpula o poder de dizer definitivamente a jurisdição constitucional. Nas demais questões, que, aliás, são maioria, os juízes seguem com o seu poder de livre convencimento intacto. Portanto, embora de fato os juízes tenham sofrido alguma restrição nesse poder, tal limitação é compatível com princípios maiores, de interesse de toda a sociedade, atinentes às vantagens trazidas pelas súmulas vinculantes, já relacionadas.

2.7 Exarcebamento do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal

São muitas as vozes que se levantam contra um possível exarcebamento do poder conferido ao Supremo Tribunal Federal que se abre com a possibilidade de esse órgão aprovar súmulas que vinculam todas as instâncias inferiores e toda a administração pública, de todas as esferas. Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci veem com naturalidade esse fenômeno, na medida em que esse exarcebamento constitui, na verdade, uma resposta à hipertrofia do Poder Executivo⁶⁰:

Havendo um poder hipertrofiado, de duas uma: ou se diminui a gama de competências deste Poder, o que não se viu em toda a história republicana brasileira no que

⁵⁹ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 316.

⁶⁰ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 317.

toca ao Poder Executivo, ou se aumenta a participação de outro Poder no sentido de lhe caber, efetivamente, cooperar, por um lado, mas também controlar os ímpetus inconstitucionais de qualquer ente estatal.

De qualquer forma, indubitável que o STF saiu com uma musculatura bastante fortalecida da EC 45/2004, a ponto de ser possível a esse órgão expedir súmulas vinculantes que se mostrem inconstitucionais. Curiosa essa possibilidade: em função de o STF ser o último a dizer sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do sistema normativo, é claro que, afinal de contas, torna-se impraticável contestar uma súmula aprovada por ele, ainda que a comunidade jurídica tenha a convicção de se tratar de uma afronta à Constituição.

O dilema se manifesta também quando o Supremo julga uma ação direta de constitucionalidade: ora, pode ser que a decisão do STF da mesma forma não agrade à maior parte da doutrina, de modo que se entenda que tenha havido violação ao espírito da Constituição mesmo no controle de constitucionalidade. O problema não encontra solução dentro do sistema judiciário, pois sempre será necessário que um órgão se pronuncie em última instância sobre a questão da constitucionalidade, sem possibilidade de recurso, ainda que haja consenso na comunidade de que a decisão tenha causado ofensa à Lei Maior.

A questão só pode ser resolvida com a participação do Poder Legislativo. O descontentamento causado com uma eventual inconstitucionalidade acerca de certa decisão do Supremo Tribunal Federal que, obrigatoriamente, baseia-se em uma opção política prévia manifestada em um diploma normativo, pode ser resolvido simplesmente pela supressão ou modificação desse diploma por parte do Poder Legislativo. Ora, sabe-se que esse poder abriga, simultaneamente, tanto o corpo de legislativos ordinários quanto o poder constituinte derivado, de modo que é possível aos legisladores alterarem tanto o parâmetro de aferição da constitucionalidade – a Constituição – quanto o objeto do controle de constitucionalidade – a legislação infraconstitucional. Assim, os males ocasionados por um controle de constitucionalidade deficiente, que reverbere negativamente na comunidade jurídica, podem facilmente ser corrigidos pela atuação parlamentar.

O mesmo raciocínio se aplica às súmulas vinculantes. Ora, entendendo a comunidade jurídica ser uma súmula aprovada pelo STF inconstitucional, e não

encontrando nessa Corte eco para uma sólida argumentação nesse sentido, é dado aos parlamentares alterar a legislação (inclusive em nível constitucional) em que se funda a súmula, de modo a torná-la insubsistente. A Lei 11.417/2006, que regulamenta o instituto, dispõe que revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou ao seu cancelamento, conforme o caso (art. 5º). Resta saber se o Poder Legislativo se disporá a fazê-lo, mas esse já é outro problema – estamos nos atendo aqui à possibilidade de limitação do poder ora conferido ao Supremo Tribunal Federal, possível da forma exposta.

Então, temos o que se segue: o Supremo Tribunal Federal experimentou, de fato, um exarcebamento em seu poder, com a criação do instituto das súmulas vinculantes. Eventuais abusos no exercício desse poder podem, contudo, ser podados pela atuação do Poder Legislativo, na medida em que compete a este poder alterar o sistema normativo que dá sustentação às súmulas vinculantes.

2.8 Problemas com a exegese de uma nova súmula

Já vimos que da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (CF, art. 103-A, § 3º, c/c Lei 11.417/2006, art. 7º, *caput*). Ou seja, a reclamação será cabível para combater não apenas o desrespeito flagrante (contrariedade) ou velado (negativa de vigência) à súmula, mas também sua aplicação inadequada, hipótese que normalmente ocorrerá por problemas de interpretação. É dizer, “a contrariedade perante a súmula vinculante, de ato administrativo ou decisão judicial, poderá ser patente ou simplesmente um erro de interpretação da mesma”, lecionam Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci⁶¹.

Contrariedades flagrantes e a negativa pura e simples de vigência são questões que se resolvem pela interposição de uma reclamação junto ao STF. Mas saber se o caso concreto se amolda à súmula vinculante é problema que provavelmen-

⁶¹ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 312.

te será fonte de inúmeras controvérsias. Uadi Lammêgo Bulos⁶² informa que, nos Estados Unidos, vigora o *distinguishing*, “instrumento que permite ao magistrado distinguir o caso concreto do precedente judicial, avaliando a pertinência de se aplicar, ou não, a exegese conferida pela Suprema Corte ao problema deduzido em juízo”. Essa prática deverá ser adotada no caso brasileiro também. Para que se dê a desvinculação, ao menos um elemento fático relevante deve *distinguir* o caso concreto dos analisados no precedente. É claro que não é necessário que os fatos se repitam de forma idêntica para que haja a vinculação ao precedente, assim como certas diferenciações não essenciais devem ser relevadas.

René David explana bem a crucial importância que a técnica do *distinguishing* tem para o direito inglês⁶³:

A técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evolui, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir uma extrema rigidez. Para apreciar com realismo a situação, não esqueçamos que, logo após a codificação francesa, certos autores viram nessa codificação o perigo de um estancamento imposto à evolução de nosso direito. Doutrina e jurisprudência souberam evitar esse perigo, recorrendo a fórmulas variadas, flexíveis, de interpretação dos textos. Graças à técnica das distinções que lhes é própria, os juristas ingleses podem conviver com a regra do precedente rígida em tese.

A interpretação da súmula parece esconder os mesmos desafios que estamos habituados a enfrentar com a interpretação da norma. A atividade de interpretar a lei tem causado profunda reflexão e perplexidade nos pensadores modernos. Não é, por óbvio, nossa pretensão nos alongar nessa intrincada questão no presente trabalho. Contudo, pedimos licença para citar uma passagem de Dworkin pela qual temos especial predileção, por demonstrar o quão polêmica pode ser a atividade interpretativa⁶⁴.

⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1088.

⁶³ DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 1997. p. 14.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 94.

Até aqui, minha exposição da interpretação foi subjetiva em um dos sentidos dessa palavra problemática. Descrevi como os intérpretes vêem a interpretação criativa, o que alguém deve pensar para aderir a uma interpretação e não a outra. Mas a atitude interpretativa que descrevi, a atitude que, em minha opinião, os intérpretes adotam, parece ser mais objetiva. Eles acham que as interpretações que adotam são melhores – e não apenas diferentes – daquelas que rejeitam. Essa atitude faz sentido? Quando duas pessoas divergem sobre a correta interpretação de alguma coisa – um poema, uma peça, uma prática social como a cortesia ou a justiça –, é razoável pensar que uma delas está certa e outra errada? Precisamos ser cautelosos ao distinguir essa questão de uma outra, diferente, que diz respeito à complexidade da interpretação. [...] Pode um ponto de vista interpretativo ser objetivamente melhor que outro quando são não apenas diferentes, pondo em relevo aspectos diferentes e complementares de uma obra complexa, mas contraditórios; quando o conteúdo de um inclui a afirmação de que o outro é errado?⁶⁵

Voltando à questão nuclear referente à interpretação da súmula, entendemos que a principal tarefa é descobrir os *critérios interpretativos* que possam nortear essa missão. Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci⁶⁶ entendem que é nos debates que informam a edição de uma súmula que encontraremos os parâmetros para essa atividade interpretativa:

A súmula, como consolidação de uma jurisprudência dominante, não se desatrela dos debates que a originaram. Aqui nos deparamos com aspecto diverso dos dispositivos legais ou constitucionais, em que a evolução hermenêutica diferencia a intenção da lei da intenção do legislador. A intenção da súmula e a intenção dos julgadores necessariamente se referenciam, são experiências reversíveis, uma reverte na outra.

Dizer vinculação aos debates que originaram a súmula não quer dizer vinculação com os precedentes judiciais que levaram à súmula. A maioria dos autores

⁶⁵ Mais adiante, Dworkin apresenta toda uma argumentação, a despeito dos cétricos, “sobre aquilo que torna uma interpretação de uma prática social melhor que outra, e sobre a exposição do direito que oferece a interpretação mais satisfatória dessa prática complexa e crucial” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 107.

⁶⁶ LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 308.

entende que a vinculação deve se dar com os precedentes judiciais, não com os debates que deram origem ao entendimento sumulado. Mas antes de dar voz a esses autores, vale a pena citar a opinião isolada de André Ramos Tavares, para quem as súmulas podem ser interpretadas em desconformidade com seus precedentes judiciais, uma vez que a vinculação se restringiria unicamente ao enunciado da súmula⁶⁷:

O modelo introduzido no Brasil difere – como não poderia deixar de ser – do clássico *stare decisis*, pois a súmula não incorpora os casos concretos que formaram a ‘base’ para sua edição, e sendo a vinculação apenas ao enunciado desta, os magistrados terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si, bem como as normas aplicáveis a ele.

A maior parte da doutrina, contudo, está com Roger Stiefelmann Leal⁶⁸, para quem os fundamentos determinantes das súmulas são, necessariamente, os fundamentos determinantes dos precedentes que lhe deram origem, ou seja, estes podem ser revertidos naquela:

Prefere-se [...] via interpretativa que privilegie a unidade conceitual do instituto. [...] A *ratio decidendi* do verbete sumular – objeto da vinculação – alcança, na hipótese, os princípios e interpretações asseverados na motivação dos reiterados julgados que embasaram a sua edição. Em outras palavras: os fundamentos determinantes das súmulas são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhe deram origem. Tal solução, além de preservar íntegros os elementos conceituais do instituto, minimiza o perigo das imperfeições que, não raro, recaem sobre a simplificação de complexas questões jurídicas em verbetes condensadores da jurisprudência dominante.

Qualquer decisão judicial pode ser dividida em duas partes: a) a *ratio decidendi*, ou razão de decidir, que são os fundamentos determinantes e indispensáveis para a decisão proferida – também chamada de *holding* nos Estados Unidos;⁶⁹ e b)

⁶⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 389.

⁶⁸ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 176.

⁶⁹ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 77.

a *obiter dicta*, a parte da decisão considerada acessória, os argumentos utilizados para fortalecer a linha principal de argumentação, não sendo imprescindíveis para o comando da decisão. Roger Stiefelmann Leal explica bem essa distinção⁷⁰:

Em tese, os fundamentos determinantes limitam-se às razões que são relevantes para a decisão proferida, isto é, aos motivos sem os quais o *decisum* constante da parte dispositiva não teria sentido ou consistência. Os demais comentários e afirmações que integrem a motivação da decisão, mas não se enquadrem na definição de *ratio decidendi*, designam-se por *obiter dictum*.

Ainda, Roger Stiefelmann Leal detecta que a determinação de quais considerações contidas na motivação da decisão proferida se enquadram na categoria de *ratio decidendi* e quais são *obiter dictum* constitui uma das principais dificuldades enfrentadas na aplicação prática do efeito vinculante, especialmente no Brasil⁷¹:

Se a dificuldade se impõe em países onde a materialização da decisão consubstancia-se num parecer único, ela se agrava ainda mais ante a conformação das decisões proferidas, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal. [...] Na Excelsa Corte brasileira, a divergência é verificada apenas pela discordância diante do resultado concreto da decisão. Isto é, havendo dissenso quanto aos fundamentos somente, a questão será julgada por unanimidade. Tal prática, contudo, torna mais tortuosa a tarefa de identificar os fundamentos determinantes da decisão.

A dificuldade extra no caso brasileiro para separar o que seja *ratio decidendi* do que seja *obiter dictum* é explicada de forma mais clara em outro ponto da obra de Roger Stiefelmann Leal⁷²:

Imagine-se, a título hipotético, que determinado diploma legal foi julgado inconstitucional por seis ministros da Corte, sendo que três deles se manifestaram pela inconstitucionalidade formal do instrumento, enquanto outros três rejeitaram o argumento da inconstitucionalidade formal e limitaram-se a julgá-lo inconstitucional em face

⁷⁰ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 168.

⁷¹ LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 168.

⁷² LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 190.

da incompetência legislativa do respectivo ente federativo. A definição sobre qual fundamentação magistrados e autoridades administrativas deveriam observar seria tarefa por demais intrincada.

Mas identificar a *ratio decidendi* de uma decisão judicial não é tarefa complexa apenas no caso brasileiro. O problema pode ser percebido em qualquer sistema jurídico que faça uso da doutrina dos *binding precedents*, conforme aponta Márcia Regina Lusa Cadore⁷³:

A *ratio* identificada pelos ingleses não se constitui apenas no elemento de direito ou no elemento de fato. Trata-se de resultado de um e de outro, em uma complexa interação entre os princípios de direito e aspectos da controvérsia que os juízes qualificam como essencial. Contudo, nem o parlamento e nem as cortes superiores inglesas definiram seus elementos essenciais. A *ratio decidendi* não é uma regra verbal fixa, pelo que os juízes não estão obrigados a utilizar os mesmos vocábulos utilizados no precedente. A *ratio* pode ser identificada na regra jurídica posta ao final da sentença, na justificação expressa na decisão, no princípio jurídico presente no processo de justificação que cabe ao juiz ou no conceito normativo no qual se sustenta a sentença.

De qualquer forma, fácil ver que a problemática da melhor exegese aplicável a determinada súmula pode acabar simplesmente deslocando o foco de um problema que, em princípio, a súmula teria a finalidade de solucionar. No dizer de Luiz Eduardo de Lacerda Abreu⁷⁴:

No campo jurídico, a divergência é incentivada e acalentada. Percebe-se um grande consenso a respeito das suas categorias doutrinárias mais centrais; e um dissenso generalizado sobre a aplicação delas em questões mais específicas. A hierarquia institucionalizada dos nossos tribunais revê e, portanto, controla a aplicação da lei nos casos particulares e, no limite, decide a divergência ou, utilizando a expressão do próprio meio jurídico, 'pacifica a questão'. Mas isso acontece em casos muitos particulares e, mesmo nestes, muitas vezes a divergência apenas muda de lugar, como, por exemplo, se a Súmula Vinculante se aplica ou não naquele caso específico.

⁷³ CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 61.

⁷⁴ ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, 2006, p. 159.

Inegável, portanto, que o novo instituto pode trazer problemas interpretativos. Os juízes e tribunais deverão tomar o máximo cuidado na aplicação das súmulas vinculantes ao caso concreto, para não acabar inundando o STF de reclamações advindas de todo o País. De qualquer forma, entendemos que eventuais problemas interpretativos podem ser compensados em larga escala pelos benefícios trazidos pelas súmulas vinculantes e já discutidos nos tópicos anteriores, em uma excelente relação custo-benefício.

2.9 Ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição

Uma das críticas que se faz às súmulas vinculantes refere-se à possível ofensa ao duplo grau de jurisdição, o qual, embora não seja uma garantia absoluta, como já é pacífico na doutrina, deve ser observado na maior parte das vezes.

Embora seja cediço que o duplo grau de constitucional não seja uma garantia absoluta, é indubitável que a maioria dos processos submetidos ao Poder Judiciário submete-se a um duplo grau de jurisdição necessário, inafastável. Basta consultar a Constituição Federal e constatar as inúmeras competências recursais previstas para os diversos tribunais. Impedir que um processo seja re-apreciado pela instância superior, quando há expressa previsão constitucional nesse sentido, é, por óbvio, flagrantemente inconstitucional.

O que dizer, então, das súmulas vinculantes e das súmulas impeditivas de recurso? Vamos a estas, primeiramente. A Lei 10.352/2001 modificou o Código de Processo Civil para dispor que não se aplica o duplo grau de jurisdição quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário ou em súmula do Supremo Tribunal Federal ou em súmula do Tribunal Superior competente (art. 475, § 3º). A Lei 11.276/2006, por sua vez, introduziu regra segundo a qual o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, § 1º). Em ambos os casos, temos que as súmulas do STJ e do STF são tidas como impeditivas de recurso, paralisando o processo na primeira instância, sem possibilidade de que se recorra à instância superior. Seriam tais dispositivos inconstitucionais?

Acreditamos que sim, pois não poderia a legislação infraconstitucional paralisar uma possibilidade recursal prevista expressamente na Constituição Federal. Por exemplo, temos que compete aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição (CF, art. 108, II). Ora, sabemos que as súmulas tradicionais não vinculam quem quer que seja, podendo as instâncias inferiores julgarem de forma diversa. Assim, pode ser interessante para a parte inconformada recorrer à instância superior, mesmo sabendo que perderá caso a lide seja posteriormente objeto de recurso especial ou extraordinário. Esse interesse pode residir em diversos fatores: a) possibilidade de desencorajamento da parte adversa em seguir na disputa, podendo mesmo esta não vir a interpor os recursos excepcionais citados; b) possibilidade de a parte adversa incorrer em desídia, sendo vítima de preclusão do direito de recorrer; c) possibilidade de ganhar tempo; e d) possibilidade de que as instâncias especiais venham a mudar o entendimento. Assim, breçar uma possibilidade recursal constitucionalmente assegurada com base em uma lei infraconstitucional parece-nos inconstitucional.

Tudo muda quando se fala em súmulas vinculantes. Entendemos que, nesse caso, não se pode vislumbrar qualquer inconstitucionalidade. Primeiro, porque estamos falando de um instrumento com expressa previsão constitucional, que se harmoniza à perfeição com o sistema recursal previsto pelo constituinte originário. Este pensou o sistema judiciário como um todo harmônico, colocando no ápice o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal. Assim, nada mais natural que, posteriormente, por meio de aperfeiçoamentos a esse sistema, viesse a se inserir o regime das súmulas vinculantes, de forma a conferir maior coerência ao todo.

Dessa forma, embora qualquer emenda constitucional possa estar eivada de inconstitucionalidade material ou formal, não é, em absoluto, o caso das súmulas vinculantes. É incorreta a visão de que a parte não teve direito ao duplo grau de jurisdição – ao contrário, a questão foi submetida à instância máxima do Poder Judiciário, tendo inclusive merecido luzes especiais por parte de nossa Corte maior. E, diferentemente do que acontece com as súmulas impeditivas de recurso, recebeu uma chancela especial de caráter vinculativo, em um ambiente com inquestionável guarida constitucional. Não há, portanto, na verdade, malferimento do duplo grau de jurisdição no caso das súmulas vinculantes.

3 Considerações finais

Tentamos demonstrar que as súmulas vinculantes podem proporcionar importantes vantagens diretas aos jurisdicionados, que ganhariam um tratamento mais isonômico no que se refere à administração da justiça e maior previsibilidade nos julgados (maior segurança jurídica). Por meio das súmulas vinculantes, o STF tem condições de firmar um posicionamento sobre determinada matéria de índole constitucional que deverá ser observado por todos os juízes e administradores públicos, resultando em uma igualdade de todos não apenas perante a norma, mas também perante os julgados. Esse posicionamento acaba acarretando, por outro lado, a estabilização da interpretação da norma, de forma que o jurisdicionado passa a poder contar com um sólido referencial para se direcionar no mundo jurídico.

As súmulas vinculantes proporcionam, da mesma forma, que os jurisdicionados passem a contar com uma justiça mais ágil, barata e racional, na medida em que casos repetidos e decididos em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal sejam impedidos de progredir para a instância seguinte. Somente a quantidade de processos que a Administração Pública se verá livre de impulsionar, em virtude da observância do duplo grau de jurisdição que, via de regra, precisa ser observado pelos entes públicos, já será muito significativa, de modo que teremos uma enormidade de contendas inúteis evitadas.

É claro que a inovação das súmulas vinculantes traz algumas desvantagens e problemas, e tratamos de discutir os que são mais citados pela doutrina em geral. A conclusão que chegamos é a de que as vantagens advindas com a adoção das súmulas vinculantes superam com ampla folga as deficiências provocadas pelo instituto.

Por certo, haverá o esmaecimento da já tênue linha que separa a função jurisdicional da função legiferante, de forma que teremos, cada vez, tribunais dizendo o direito, ao invés de apenas aplicá-lo. Admitindo que isso seja um mal em si, o que não é de forma alguma pacífico, temos que o direito eventualmente criado pelo Supremo Tribunal Federal, quando da edição de súmulas vinculantes, pode ser facilmente desconstituído pelo legislador, que não se vincula ao novo entendimento. Esse contra-argumento derruba também a alegação de que o Supremo Tribunal Federal teria em suas mãos um poder exacerbado, a raiar no âmbito do ilimitado.

O Poder Legislativo sempre poderá, vale reforçar, derrubar ou reformatar as leis em que fundamentam as súmulas vinculantes, tornando-as insubsistentes.

Outra alegada desvantagem que se atribui às súmulas vinculantes é o possível empobrecimento da argumentação jurídica. Ora, esse argumento traz em si o vício de se imaginar que os debates jurídicos só se dão no âmbito processual, quando, na verdade, há inúmeros outros vetores para tanto. Se há, de fato, esse empobrecimento no âmbito do processo, o debate pode subsistir ricamente em outras searas, mais apropriadas até. O argumento é da mesma família dos que veem as súmulas vinculantes como uma ofensa à liberdade de convicção dos magistrados. Ora, os magistrados podem continuar com suas convicções, e manifestá-las à vontade por inúmeros canais, mas ao menos em matéria constitucional é aceitável que haja um órgão de cúpula a dizer definitivamente o direito.

Eventuais problemas com a interpretação de uma nova súmula – contrariedade flagrante, negativa de vigência e adequação ou não da súmula a um determinado caso concreto – podem ser resolvidos por meio de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, de modo que essa questão já tem seu próprio escape constitucionalmente previsto.

Enfrentamos também a problemática de um pretenso desrespeito ao duplo grau de jurisdição por parte do novo instituto. As súmulas vinculantes se harmonizam perfeitamente com o sistema processual de âmbito constitucional, eis que foi previsto pelo constituinte originário que o Supremo Tribunal Federal figuraria como o guardião de nossa Constituição. Assim, nada mais natural que esse órgão se pronuncie em definitivo sobre reiteradas decisões em matéria de índole constitucional, de modo que a impossibilidade de apreciação de um novo caso pelo magistrado de primeiro grau embute, na verdade, todo um trâmite pretérito havido em lides de igual teor – é dizer, o duplo grau de jurisdição foi observado reiteradamente, nos casos que serviram de precedente para a súmula vinculante.

Apesar de todas as críticas direcionadas às súmulas vinculantes, e embora tenha sido o instituto importado do *commom law* e adaptado de forma ainda incipiente à realidade brasileira, temos motivos de sobra para acreditar que sua adoção foi uma excelente medida, que veio em muito boa hora. Resta torcer para que outras medidas simplificadoras da justiça sejam tomadas por nossos legisladores.

Não é mais possível que a sociedade brasileira continue sofrendo com um sistema judiciário tão caro e, paradoxalmente, tão lento e ineficiente. A nota otimista é que o quadro já foi muito pior, e a impressão que se tem é a de que estamos mesmo caminhando no sentido de reconstruir nosso sistema judiciário.

The controversial adoption of the Supreme Court bindings precedents within the brazilian law

Abstract

The aim of the study is to discuss the controversial adoption of the institute of the Supreme Courts binding precedents within the Brazilian Law. Initially some preliminary considerations are taken into account, especially considering what represents the adoption of this institution in Brazil and it's evolution in the system. From then on, the study will debate the possible advantages and disadvantages of the adoption of the Supreme Courts binding precedents. Among the main possible advantages shown by the doctrine, the possibility of verifying an isonomic treatment is considered to the jurisdictional, the possibility of conferring a greater predictability to the court and the probable speeding up and lightening to the judicial activities. Among the disadvantages or difficulties that can be generated by the Supreme Court binding precedents, the vanishing limit, already weak, is analyzed between the jurisdictional function and the function of creating laws, the impoverishment of the judicial argumentation, and the offense to liberty of judges' conviction, the exacerbation of the power conferred to the Supreme Court, difficulties with the explanation of the new precedents and the possible offense to the principle of jurisdiction's double degree. In conclusion, the advantages arising with the adoption of the Supreme Courts binding precedents with wide margin outweigh the shortcomings caused by the institute.

Keywords: Constitutional law. Binding precedents. Advantages. Disadvantages.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Qual o sentido de Rawls para nós?* Revista de Informação Legislativa, v. 43, p 149-173, 2006.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- FARNSWORTH, Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: M. Fontes, 2006.
- LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: _____. *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

PASSOS, J. J. Calmon. Súmula vinculante. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 6, 1997.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. Prefácio. In: CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. 3. ed. Oxford: Claredon, 1998.