

SAMIR NAMUR

**A VIABILIDADE E O IMPACTO DA SÚMULA VINCULANTE NO
PROCESSO BRASILEIRO**

**Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão do
Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Manoel Caetano Ferreira
Filho**

M
64
ju

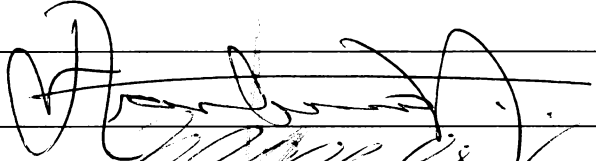
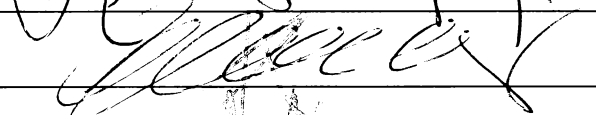
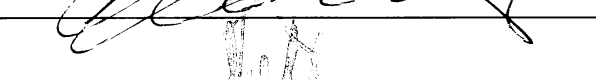
**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

SAMIR NAMUR

A VIABILIDADE E O IMPACTO DA SÚMULA VINCULANTE NO PROCESSO BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para graduação no Curso de Direito, Setor de Ciências de Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

	Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho (orientador)
	Prof. Dr. Alcides A. Munhoz da Cunha
	Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho

Curitiba, 24 de outubro de 2005.

SUMÁRIO

	RESUMO	iv
1	INTRODUÇÃO	1
2	INDEPENDÊNCIA DOS MAGISTRADOS	3
2.1	O PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO.....	3
2.2	CONCENTRAÇÃO DE PODERES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	8
2.3	POSSIBILIDADE DE ENGESSAMENTO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA CRISTALIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA.....	11
2.4	A INTERPRETAÇÃO DO JUIZ.....	15
3	UNIFORMIZAÇÃO DAS DECISÕES	19
4	A MOROSIDADE DO PROCESSO E A DEMORA DAS DECISÕES	24
5	O EFEITO VINCULANTE NO DIREITO COMPARADO	27
5.1	DIREITO INGLÊS.....	27
5.2	DIREITO AMERICANO.....	28
5.3	DIREITO PORTUGUÊS.....	30
5.4	OUTROS PAÍSES.....	32
6	A DISCUSSÃO ACERCA DA SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO	34
7	O IMPACTO DA SÚMULA VINCULANTE EM NOSSO PROCESSO	38
8	CONCLUSÃO	42
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

RESUMO

A presente monografia de conclusão de curso trata dos aspectos positivos e negativos da instituição da súmula vinculante no direito brasileiro e também do impacto que por ela será causado. Essa análise, contudo, é restrita ao âmbito do processo. Considerando isso, deve-se analisar a questão atinente à independência dos magistrados, que se desdobra no princípio do livre convencimento, na concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal, na possibilidade de cristalização da jurisprudência e na interpretação do juiz. Além disso, importante discorrer sobre a (des) necessidade de uniformização da jurisprudência e sobre a morosidade do processo. Para melhor discorrer sobre o impacto da súmula vinculante no processo brasileiro, é necessário tratar das questões atinentes ao efeito vinculante no direito comparado, à súmula impeditiva de recurso e das conseqüências em potencial que poderá ela causar.

Palavras-chave: súmula, vinculante, processo, independência, uniformização, morosidade, impacto.

1 Introdução

É indiscutível nos dias de hoje a importância da jurisprudência para o direito, brasileiro ou não. De fato, não há sequer mais dúvida de que se constitui a jurisprudência verdadeira fonte do direito. Considerando isso, é importantíssimo analisar o papel determinante que exercem as súmulas em nosso direito, uma vez que são elas a expressão por excelência da jurisprudência, o seu, por assim dizer, coroamento. De acordo com Sérgio Sérulo da Cunha¹:

“As súmulas são enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda a comunidade jurídica”.

Não obstante, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 (em 30 de dezembro de 2.004) foi criada uma nova espécie de súmula: a súmula vinculante. A sua disciplina legal está contida no novo artigo 103-A da Constituição da República².

Portanto, a mudança promovida pela Emenda é a de justamente criar um tipo de súmula, ou seja, um tipo de orientação jurisprudencial que deixa de ter a função de orientação para ter a função de comando, uma espécie de força normativa.

¹ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 124.

² “Art. 103 – A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

Dessa forma, apenas a instituição dessa nova modalidade de súmula (sem embargo da discussão prévia que por muito tempo a antecedeu) já justificaria a realização de um trabalho acadêmico de conclusão de curso. Ademais, a contraposição que há entre a doutrina e jurisprudência pátria parece ser interminável. Assim, a análise desses posicionamentos também é necessária. Por conseguinte, é imperativo que se considere a súmula vinculante não só do ponto de vista isolado, mas também do impacto que ela causará em nosso processo e, conseqüentemente, em nosso sistema jurídico, ou seja, qual a influência que ela terá o condão de exercer. Unindo as duas searas, é possível que se conclua se o instituto da súmula vinculante realmente justificará a sua elevação ao patamar de verdadeira salvação da justiça brasileira, sendo responsável pelo completo desafogamento do Poder Judiciário, ou se representará um retrocesso nefasto para o nosso Direito ou, ainda, se a sua adoção não significará qualquer alteração determinante para a nossa realidade jurídica.

Destarte, no tocante à viabilidade da súmula vinculante, impende analisarmos os argumentos contrários e favoráveis a sua adoção, divididos em três grandes temas: a independência dos magistrados, a uniformização das decisões e a morosidade da justiça e dos processos judiciais. O único desses pontos que se desdobra em vários outros é o primeiro, que se divide na análise do princípio do livre convencimento, da concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de engessamento da evolução do direito através da cristalização da jurisprudência e da interpretação do julgador.

Na seqüência, inerecem destaque os pontos de análise do direito comparado, da súmula impeditiva de recurso (que foi muito discutida juntamente com a súmula vinculante, mas que ainda carece de aprovação no Congresso) e do impacto propriamente dito da súmula vinculante no processo. Todos esses pontos possibilitam uma conclusão não só dos aspectos positivos e negativos da adoção da súmula vinculante, mas também proporcionam uma previsão dos efeitos que ela causará em nosso ordenamento, além de permitir possíveis lições que se aprendidas poderão aprimorar o seu funcionamento e utilização.

2 Independência dos magistrados

Freqüentemente, tem sido esse o principal argumento contrário à adoção da súmula vinculante tendo em vista os seus efeitos perante o processo. Fora desse âmbito de eficácia, tem sido considerado na mesma medida que o argumento que afirma que o efeito vinculante caracterizará flagrante conflito entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Com efeito, além da análise direta da questão atinente à afetação ou não da independência dos magistrados, importa considerar as suas eventuais conseqüências. Mais especificamente na esfera do processo está a possível violação ao princípio do livre convencimento. Já no tocante ao sistema jurídico em geral, estão a possibilidade de engessamento da jurisprudência e da própria evolução do Direito, a concentração de poderes pelo STF e também a questão referente à interpretação do juiz.

2.1 O princípio do livre convencimento

Contrapostos por defensores e críticos do efeito vinculante das súmulas está, basicamente, a discussão acerca das questões de fato e de direito. De uma forma geral, é interessante notar que inúmeros juristas de peso defendem ambos os posicionamentos, seja através de uma análise profunda e fundamentada ou não, tendo como base a diferenciação entre as questões de fato e de direito no processo. Antes mesmo de entrar na análise específica dessas questões em face do princípio do livre convencimento, é necessário ressaltar essa ocorrência. Dínio de Santis Garcia, ao tratar da súmula vinculante e do livre convencimento e a interpretação do juiz, sem o aprofundamento que a presente monografia pretende realizar, critica a adoção do efeito vinculante das súmulas, uma vez que, para ele:

“Com o efeito vinculante estaremos trilhando um caminho contrário ao da independência judicial, fundamental no estado de direito.

Nem esqueça que hoje francamente se admite não haver norma que recuse, ao juiz, certo grau de liberdade em que ele, como intérprete, pode e deve exercer sua missão de criador do direito. Tal franquia, em tempos de extrema turbulência como o nosso, é preciosa, pois permite a adaptação das normas jurídicas às cambiantes situações de fato, e impede que o juiz se transforme em burocrático repetidor de arestos.

Como sublinha de modo primoroso Miguel Reale, uma visão elevada de Poder Jurisdicional pressupõe o superamento de uma concepção passiva da função dos magistrados, e, por conseguinte, da sentença como automática aplicação dos ditames da lei ao caso concreto, sem, a participação criadora do juiz³.

Da mesma forma, sem uma análise profunda do livre convencimento e das questões de fato e de direito, ao analisar a questão da interpretação da norma, Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que “un texto de lei pode comportar uma só interpretação considerada correta, porque a melhor”⁴.

Em que pese a existência de opiniões como essas, de renomados juristas, o posicionamento sobre a lesão ao livre convencimento pela súmula vinculante passa necessariamente, além da análise do princípio propriamente dito, pela dissecação das chamadas questões de fato e de direito e, conseqüentemente, da influência das súmulas vinculantes sobre elas.

De acordo com Cândido Dinamarco⁵, o princípio do livre convencimento do juiz (ou ainda denominado de princípio da persuasão racional do juiz), que se consolidou com a Revolução Francesa, “regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve forjar livremente sua convicção”. Ou seja, muito embora o juiz decida apenas com base em elementos existentes no processo, deve avaliá-los segundo critérios críticos e racionais e motivadamente.

No que diz respeito ao direito positivado, esse princípio é encontrado no artigo 93, inciso IX da Constituição (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”), no artigo 131 do Código de

³ GARCIA, Dínio de Santis. *Efeito Vinculante dos Julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores*. Revista dos Tribunais n.º 734. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 43.

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBDP, 2000, p. 298.

⁵ DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

Processo Civil (“o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”), 436 do Código de Processo Civil (“o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”) e 458, inciso II do Código de Processo Civil (“são requisitos essenciais da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”).

Tendo em vista ainda o conceito de Cândido Dinamarco, deve-se considerar, também, o conceito fornecido para prova. Para ele, é a prova “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”⁶. Assim sendo, considerando as definições de Dinamarco, possuiria liberdade de convencimento o magistrado no que correspondesse à valoração probatória, que, por sua vez, diz respeito às questões de fato. Apesar de a análise do livre convencimento não estar terminada, aqui já há um indício (talvez o principal) favorável à súmula vinculante, qual seja o de que se ela interferir apenas nas questões de direito não irá de encontro ao princípio do livre convencimento.

A mesma correlação entre o princípio do livre convencimento do juiz e apenas as questões de fato, ou seja, a prova, encontra-se na obra de Ricardo Aronne, *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Provavelmente, apenas o fato de uma obra que trata desse princípio dedicar-se quase que inteiramente à análise do instituto processual da prova, seria o bastante para desde então excluir as chamadas questões de direito do campo de atuação do princípio. No entanto, as palavras do autor são ainda mais contundentes. Segundo Aronne, “o princípio abrange a prova, sua produção e avaliação, a formação do convencimento e da motivação do juiz e suas limitações quando da sentença”⁷. Em que pese, então, o princípio não estar vinculado somente à valoração da prova, já que contém também a formação do convencimento e suas

⁶ DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 348.

⁷ ARONNE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 14.

limitações, apenas a ela se refere, em nenhum momento vinculando-se à interpretação da lei ou à subsunção dos fatos à norma, ou seja, às questões de direito.

É importante ressaltar que nessa seção a intenção é somente individualizar as questões atinentes ao princípio do livre convencimento do juiz e o que ele implica (como as chamadas questões de fato) sem, todavia, afirmar categoricamente que se as súmulas vinculantes não interferem no livre convencimento, necessariamente elas não tolhem a independência do magistrado, até porque a liberdade para julgar não se limita apenas a essa esfera, mas também, por exemplo, está contida no momento de concretização da norma, o qual não faz parte do livre convencimento. Assim sendo, mesmo que se conclua que a súmula vinculante não é um obstáculo para o livre convencimento do juiz, não se estará necessariamente concluindo que a súmula vinculante impede que os magistrados atuem de forma independente.

Considerando, então, que o livre convencimento diz respeito apenas às questões de fato, o próximo passo é determinar o que exatamente corresponde às questões de fato e, posteriormente, definir se elas serão atingidas pelas súmulas vinculantes ou não. Como já se extraiu das definições de Cândido Dinamarco, as questões de fato discutidas no processo, ou seja, os pontos controvertidos entre as partes acerca dos fatos são dirimidos pelo juiz através da valoração da prova.

No entanto, cabe que aqui seja feita a mesma ressalva que faz Teresa Arruda Alvim Wambier⁸, de que:

“Seria impossível fazer-se a distinção integral entre questão de direito e questão de fato, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno direito ocorre, efetivamente, no momento de incidência da norma, no mundo real, no universo empírico. Assim, na verdade, o direito acontece quando se encontram o mundo dos fatos com o mundo das normas”.

Portanto, afirma a processualista que as questões seriam predominantemente de fato e predominantemente de direito. Mesmo assim, a definição por ela apresentada para as questões de fato, ainda que predominantemente, demonstra relação com o que

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo n. 92. São Paulo: IBDP, 1998, p. 54.

foi anteriormente exposto, ou seja, a sua relação com a valoração probatória. Para ela, a questão seria predominantemente fática quando “houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório”⁹. Em que pese esse conceito tenha o propósito de esclarecer o cabimento de recurso especial (o que não ocorre para se discutirem questões de fato), serve também para delimitar o conceito de questão de fato e sua relação com o livre convencimento e as súmulas vinculantes. Assim sendo, pode-se concluir que a questão de fato e, conseqüentemente, o princípio do livre convencimento do juiz correspondem à análise da prova e à sua valoração.

Resta, então, definir se a súmula com efeito vinculante interfere ou não nessa esfera. Essa definição caminha para a clareza quase que total com a simples redação de um dos dispositivos legais da Emenda Constitucional n.º 45. O artigo 2.º, que incluiu o artigo 103-A na Constituição, prevê no parágrafo primeiro que:

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

Ainda que seja considerável a abrangência que têm a validade, interpretação e eficácia de normas, mesmo que elas sejam bem determinadas, em nenhum momento a redação da lei sequer se aproxima da possibilidade de que sejam sumuladas questões concernentes à valoração da prova ou à sua análise. E com uma redação bem clara, não é arriscado afirmar que o artigo simplesmente exclui a possibilidade de que sejam sumuladas questões predominantemente de fato¹⁰.

Exatamente o mesmo sentido da redação da Emenda Constitucional n.º 45 é defendido por Teresa Arruda Alvim Wambier, que afirma que:

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo n. 92. São Paulo: IBDP, 1998, p. 56.

¹⁰ Da mesma forma, para esse intuito contribui o fato de que as súmulas anteriores à emenda constitucional não passaram a vigorar com força vinculante, já que apenas as que forem aprovadas pelo quorum previsto no novo artigo 103-A da Constituição é que serão vinculantes, o que serve para novas súmulas e também para as antigas, como prevê o artigo 9.º da emenda.

“... para fins de saber que tipo de questão pode ser objeto de súmula é importante salientar que o seu enunciado não pode deixar margem de dúvida alguma a respeito do quadro fático a que se aplicaria, (...) é por isso que nos parece razoável dizer-se que o aspecto fático tem que estar ‘resolvido’. Com a súmula, se pode resolver a questão da qualificação daquele fato ou do entendimento da norma que se aplica àquele quadro fático”¹¹.

Com efeito, igualmente não parece difícil que se levante exemplos que confirmem tal argumento. Muito embora a facilidade seja enorme de se encontrar súmulas atuais (mas que ainda não vinculam) que não adentrem à questão da valoração da prova, ou seja, não interfiram nas questões de fato, um bom exemplo é o que a maioria da doutrina e jurisprudência têm identificado como a primeira questão que será objeto de súmula vinculante. O novo artigo 114 da Constituição, em seu inciso I, previu que a Justiça do Trabalho terá competência para julgar e processar todas as ações oriundas da relação de trabalho. Desse dispositivo surgiram questões muito relevantes e controvertidas como, por exemplo, se passaria a Justiça do Trabalho a ter competência para julgar ações de servidores públicos ou então de serviços de advocacia. Em meio a múltiplos conflitos de competência para dirimir questões como essa, a nova súmula vinculante (caso realmente seja editada) tão somente determinará de quem é a competência, Justiça do Trabalho ou Justiça Comum. Claramente, evidencia-se que a questão aqui é de direito e nos casos concretos em que a súmula vier a interferir por óbvio não estará interferindo em nenhuma questão de fato ou no livre convencimento do juiz.

2.2 Concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal

Muito embora seja uma questão a ser analisada com mais profundidade do ponto de vista do Direito Constitucional, principalmente no que diz respeito a uma suposta invasão do Poder Judiciário à esfera do Poder Legislativo, importa tratá-la neste trabalho pelo grande espaço que possui na doutrina, por assim dizer,

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBDP, 2000, p. 303.

processualista e também para que se possa determinar de que modo isso influenciará o processo brasileiro, caso ocorra.

De fato, é determinante, inclusive, a definição sobre a existência de alguma influência, já que, ao menos em princípio, não parece que a súmula vinculante modificará o modo de atuação do Supremo ou inovará excessivamente em sua competência.

Fazendo uma análise inicialmente descolada do advento da súmula vinculante, é pacífico para os constitucionalistas de renome do direito brasileiro que é de competência do Supremo examinar a questão constitucional e, pela organização do nosso sistema, em única ou última instância, seja através do controle concentrado ou difuso. No entanto, isso não significa que possamos chamá-lo de Corte Constitucional¹², principalmente por que não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, isso porque através do controle difuso qualquer tribunal ou juiz está autorizado a conhecer da questão prejudicial de inconstitucionalidade, por meio de exceção. Em que pese algumas das questões previstas no artigo 102 da Constituição da República como de competência do STF para julgamento não caracterizarem matéria de jurisdição constitucional, a grande maioria, ao contrário, possui natureza de litígio constitucional. Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, “a atuação do STF, aí, se destina a compor lide constitucional, mediante o exercício de jurisdição constitucional”¹³. Portanto, ainda que se alegue que a súmula vinculante constitui concentração de poderes nas mãos do STF, não há como discordar que o nosso sistema jurídico já está fundado na racionalidade de que sempre “a última resposta”, em matéria constitucional, será dada pelo Supremo, já que o controle concentrado é de competência exclusiva sua e o controle difuso, quando exercido de maneira contrária ao seu entendimento, será corrigido através de recurso extraordinário. Assim sendo, a súmula vinculante buscaria justamente evitar todo esse trâmite que vai da divergência da posição do STF sobre

¹² Como bem assevera José Afonso da Silva.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 556.

determinada questão constitucional manifestada em sede de controle difuso até o momento da sua modificação no próprio Supremo, através de recurso extraordinário. Ou seja, já que o entendimento que prevalecerá será mesmo o do STF, a súmula apenas fará com que isso não possa ser contrariado através do controle difuso, para aquele caso sumulado.

Não há como se concluir de maneira diversa após proceder a análise dos artigos da Constituição que disciplinam o STF e da emenda constitucional n.º 45 que instituem a súmula vinculante. O novo artigo 103 - A da Constituição, em seu parágrafo 1.º, define que “a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas...”. Contudo, apenas a constitucionalidade de atos normativos (ou de atos da administração) poderá ser objeto das súmulas, tendo em vista a redação do *caput* do artigo 103 – A, que afirma que “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que...” Portanto, apenas as questões constitucionais serão objeto das súmulas, o que em nenhum momento parece conflitar com o que já é estabelecido para o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, tanto de forma difusa quanto concentrada. Apenas ocorrerá que depois de determinada questão se pacificar no Supremo, considerando que a decisão em última instância será sempre dele, não será mais necessário que haja recurso extraordinário quando um juiz singular ou tribunal julgar aquela questão constitucional, uma vez que o entendimento que então prevaleceria já possui efeito vinculante e deve ser adotado de plano.

Com relação à temática, realmente não há divergência entre a matéria a ser sumulada e as disposições constitucionais atinentes ao recurso extraordinário. Isso porque cabe ao STF, conforme a disposição do artigo 102, inciso III, da Constituição:

“Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição”.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal julga, em última instância, o controle difuso que nega vigência à Constituição, faz prevalecer dispositivo infraconstitucional em detrimento de dispositivo constitucional ou então supostamente declara equivocadamente a inconstitucionalidade de outra norma infraconstitucional.

Em verdade, não se trata de âmbito de incidência diverso daquele que possui a súmula vinculante, o que, portanto, não faz com que ela caracterize concentração de poderes pelo Supremo Tribunal Federal além da que já se observava antes de sua instituição, uma vez que tanto a súmula vinculante quanto a decisão do Supremo em sede de recurso extraordinário significam o prevalecimento de seu entendimento sobre determinada questão constitucional.

2.3 Possibilidade de engessamento da evolução do direito através da cristalização da jurisprudência

Inicialmente, para que se possa concluir sobre a capacidade de a súmula vinculante efetivamente impedir a evolução da jurisprudência e, posteriormente, a evolução do próprio direito, é necessário que se afirme com clareza que a jurisprudência é também responsável pela sua criação e desenvolvimento. Com efeito, em que pese a grande relação do tema jurisprudência como fonte do direito com a questão acerca da interpretação do juiz nas decisões, esta só será objeto de análise posterior, em razão de se constituir um argumento muito mais forte contra a súmula vinculante do que aquela.

De fato, muito embora haja ainda certa discussão sobre a posição da jurisprudência como fonte do direito, juristas do porte do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira defendem que seja “esmagadoramente majoritário o entendimento dos que arrolam a jurisprudência como fonte do direito”¹⁴. Isso porque se trata de uma tendência, atualmente, que cada vez mais a legislação nascente não tenha o intuito de

¹⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*. Revista Forense vol. 279. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.2.

regular a especificidade de cada caso, mas sim apenas proponha uma regra geral e abstrata para que, na maioria dos casos concretos, o juiz determine o seu conteúdo¹⁵. Mesmo defendendo a súmula vinculante, Marco Antonio Botto Muscari afirma que:

“Por mais que se esforce o legislador, a realidade da vida sempre apresenta situações que lhe escapam à previsão, reclamando do juiz a busca de outros mananciais para a solução dos litígios que se lhe apresentam”¹⁶.

Não obstante a quase que unanimidade doutrinária, há já também legislação no ordenamento jurídico pátrio que estabeleça a jurisprudência como fonte do direito. Muito embora a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4.º, não inclua a jurisprudência como fonte do direito, o faz o artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual:

“As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

No entanto, até agora apenas está caracterizado que a jurisprudência é determinante para o juiz no momento em que ele decide sobre determinado caso concreto, até porque, considerando uma análise mais pragmática, a coisa julgada atinge apenas as partes daquele processo. Todavia, para que constitua a jurisprudência verdadeira fonte do direito, é necessário que se conclua que um conjunto de decisões uniformes e constantes deve influenciar novos pronunciamentos do Poder Judiciário¹⁷. Nesse sentido, juristas de renome internacional que balizaram os fundamentos do

¹⁵ Tendência essa que se revela na civilística atual com o freqüente prevalecimento da técnica legislativa das cláusulas gerais sobre a técnica do *numerus clausus*, como no caso dos direitos da personalidade que não possuem um rol fechado e também no crescente movimento para o fim do *numerus clausus* nos Direitos Reais.

¹⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 25.

¹⁷ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 27.

Processo Civil contemporâneo defendem que é justamente isso que ocorre. Para Piero Calamandrei:

“Las máximas de jurisprudencia, a medida que por inércia son confirmadas por otros fallos conformes, adquieren de hecho autoridad similar a las de las leyes: vienen a ser, como suele decirse, máximas consolidadas; nadie, ni abogados ni jueces, se atreven ya a apartarse de ella”¹⁸.

Da mesma forma, Pietro Cogliolo afirma que “perché è il rispetto che i giudici hanno per quello che altri com constanza giudicarono”¹⁹.

Com efeito, no momento em que determinada orientação se torna constante e uniforme é criada uma verdadeira norma costumeira, invariavelmente chamada pelos autores de “costume jurisprudencial”, “direito consuetudinário forense ou judicial” ou “costume tribunalício”. Ou seja, isso significa que, preenchidos certos requisitos, a jurisprudência pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral, uma vez que, além da força da reiteração, sobretudo pela necessidade de regular de modo estável uma situação não prevista ou não resolvida expressamente pela lei, assume ela as características de verdadeiro costume judiciário.

Dessa forma, é inevitável concluir que a jurisprudência se forma por uma série longa e uniforme de arestos e, em certos casos, no silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, essa seqüência invariável nos julgamentos torna-se como que o suplemento da legislação.

Passada, então, a fase da análise que concluiu que a jurisprudência possui papel na criação e evolução do direito, cabe ao presente trabalho, agora, afirmar se é possível que ocorra a sua cristalização e, conseqüentemente, que ocorra o engessamento da evolução do próprio direito. Com efeito, são dois questionamentos que demandam apenas uma resposta, visto que como está caracterizada a jurisprudência como fonte do direito, certamente a sua cristalização fará com que não evolua, nesse aspecto, também o nosso sistema jurídico.

¹⁸ Conferência pronunciada em Bari, em 20.03.1955, sobre o tema *La Funcion de la Jurisprudencia em el Tiempo Presente*.

¹⁹ COGLIOLO, Pietro. *Filosofia Del Diritto Privato*. Firenze: G. Barbèra, 1936, p. 44.

Em que pese a possível complexidade da questão, é bem provável que a melhor resposta se encontre no próprio texto constitucional (na sua modificação pela Emenda n.º 45). Inicialmente, como já exposto anteriormente, e como se depreende do novo texto constitucional, parece que somente para casos excepcionais será editada súmula vinculante, como o caso da competência material da Justiça do Trabalho. Isso porque são requisitos para tanto, além da questão constitucional, que haja controvérsia sobre a matéria entre órgãos judiciários distintos ou entre esses e a administração pública e que isso acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Portanto, apenas casos que realmente demandem súmula com efeito vinculante serão objetos de tal procedimento, ao contrário do que ocorria com a edição de súmulas antes da emenda. Tomando o exemplo anteriormente fornecido, não há como imaginar que uma decisão vinculante que determine a competência da justiça comum ou do trabalho para certos casos seja capaz de impedir a evolução do direito.

Contudo, para evitar essa possibilidade, foi incluída através da emenda n.º 45, na Constituição, a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula vinculante. Muito embora não haja ainda um critério determinado para que seja provocado esse processo, ele por si só impede que uma súmula que venha a carecer do respaldo de dois terços do Supremo ou então da comunidade jurídica de um modo geral mesmo assim prevaleça *ad eternum*²⁰.

Prevê o parágrafo 2.º do novo artigo 103 – A da Constituição que a revisão ou cancelamento poderá ser proposta pelos legitimados para proporem ação direta de inconstitucionalidade, o mesmo ocorrendo para a proposição da aprovação da súmula.

Assim sendo, não há como negar que mesmo mediante o simples indício de que determinada súmula já carece de apoio e merece cancelamento ou redação diversa, pode ela ser modificada ou extinta com a mesma facilidade (ou dificuldade) com que precisa ser aprovada. Dada essa igualdade de tratamento e também a impressão de que

²⁰ Já há quem defenda que o critério objetivo ideal para revisão ou cancelamento da súmula vinculante seja o advento de um grande número de decisões ou atos administrativos contrários à súmula e, conseqüentemente, de um grande número de reclamações sobre o mesmo caso para o STF. Da mesma forma, é perfeitamente defensável que, para que esse dispositivo ganhe em democracia, seja aumentado o número de legitimados para proporem a revisão ou cancelamento.

apenas para casos especiais será a súmula editada, não há como afirmar que a súmula vinculante será responsável pela cristalização da jurisprudência²¹ ou pelo impedimento da evolução do direito.

2.4 A interpretação do juiz

Certamente a questão acerca das conseqüências da súmula vinculante sobre a capacidade de interpretação do juiz não tem sido levantada com a mesma freqüência que as questões anteriormente expostas. Muito provavelmente porque é comum acreditar que ao referir-se ao livre convencimento do juiz aí estaria incluída também a interpretação que é feita da norma ao aplicá-la no caso concreto. Todavia, como já devidamente exposto, o princípio do livre convencimento do juiz diz respeito apenas às questões de fato, motivo pelo qual a incidência da súmula vinculante sequer se aproxima de afetá-lo, já que corresponde tão somente às questões de direito. No entanto, tendo em vista o que será exposto na seqüência, as chamadas questões de direito, não há dúvida, envolvem a interpretação da norma jurídica. Dessa forma, configura-se indispensável a análise sobre o impacto das súmulas de efeito vinculante na interpretação e, aí já em uma análise mais abrangente, até que ponto isso pode interferir na independência dos magistrados, principalmente nos de instâncias inferiores.

É consenso entre juristas e acadêmicos, considerando nossas lições de Filosofia do Direito, que não apenas as leis compõem o sistema jurídico. Com efeito, além delas, valores e princípios devem conviver em harmonia, tendo como norte a busca da justiça. Dessa forma, a interpretação está vinculada à atividade de se extrair o sentido e alcance das expressões de direito (mediante a hermenêutica que seria seu instrumental teórico).

²¹ Quanto à jurisprudência, mesmo que se defenda que decisões contrárias à súmula não prevalecerão, certamente se ocorrerem em número significativo isso deverá ensejar a revisão ou cancelamento da súmula.

Já em Husserl, um dos criadores da teoria fenomenológica do direito, encontramos uma definição esclarecedora da interpretação:

“A interpretação de uma lei deverá portanto, em primeiro lugar, remontar ao contexto histórico em que foi posta pelo acto criador; mas isto é apenas o ponto de partida para o processo da interpretação, porque a tarefa seguinte terá que consistir em arrancar por assim dizer a lei da sua relação com a época em que se formou, e projectá-la em pensamento na actualidade”²².

De fato, essa necessidade de que se encontre o sentido de algo contido em um texto não é exclusividade apenas da ciência jurídica. Segundo Mauro Capelletti:

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre - porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”²³.

Destarte, ainda conforme Capelletti, tais questões e incertezas devem ser resolvidas pelo intérprete. Assim sendo, está caracterizada a atividade de interpretação jurídica como, de um lado, imanente a uma certa independência e, de outro, responsável por uma parcela de criação do direito.

Em verdade, por algum tempo muita controvérsia envolveu a relação da interpretação com a criação do direito. Inclusive mestres como Chiovenda e Carnelutti adotaram posições diametralmente opostas. A posição defendida pelo presente trabalho e que é a consensual atualmente, consistia em parte dos ensinamentos de Francesco Carnelutti, para quem a concepção puramente declarativa da jurisdição era equivocada.

Nesse sentido, para Marco Antonio Brotto Muscari:

“No instante de exercer a sua atividade cotidiana, o juiz se depara com omissões e tem de solucionar os litígios com base em conceitos e ideais próprios. Na verdade, a criação do juiz decorre do próprio exercício da função jurisdicional, de modo necessário e inafastável, ou, noutras palavras, o poder de criar regras jurídicas é uma competência implícita de toda função

²² LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 158-159.

²³ CAPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 22.

jurisdicional. Atualmente, mais e mais o legislador se vale de standards jurídicos, tipos abertos que reclamam intensa atividade do órgão jurisdicional, com o fito de preenchê-los, para só então chegar-se à norma concreta. Referimo-nos a ‘bons costumes’, ‘bem comum’, ‘interesse público’, ‘boa-fé’, ‘repouso noturno’ e ‘ruído excessivo’²⁴.

No mesmo diapasão, afirma Márcio Oliveira Puggina que:

“O direito se realiza em dois momentos: o da criação da norma e o da sua aplicação. Com efeito, o direito meramente criado é idealização pura; o fenômeno jurídico só se completa pela aplicação”²⁵.

Considerando isso, no momento em que uma súmula estabelece entendimento vinculante para determinada interpretação de uma norma, não há dúvida que, ao menos para aquela “questão de direito” específica, não haverá mais qualquer atividade criadora do juiz. Aparentemente, destarte, também não haveria muita dúvida de que, conseqüentemente, estaria maculada também a independência do juiz que teria que aplicar a súmula. No entanto, cabe aqui, ainda, outro questionamento. De que adianta ter essa liberdade aparente para interpretar, se, em última análise, no que diz respeito às questões constitucionais, a última palavra, ou seja, o entendimento que prevalece, com ou sem súmula vinculante, sempre será do Supremo. Com efeito, parece bastar que tal prática não impeça a evolução da jurisprudência e do próprio direito, o que, conforme já exposto, não tende a ocorrer, tendo em vista a possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas. Tudo indica que sacrificar essa “independência aparente” em prol de outros aspectos positivos como a aceleração dos processos e a uniformização das decisões para casos idênticos (temas que serão tratados na seqüência) não se configura em um mal terrível. Na verdade, esse não é um questionamento que precisa tomar muito espaço nesse trabalho, uma vez que o legislador constituinte derivado, através da Emenda n.º 45, já o respondeu, no exato sentido de privilegiar as finalidades da súmula vinculante em detrimento da

²⁴ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 22.

²⁵ PUGGINA, Márcio Oliveira. *A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto*, em *Ética, Justiça e Direito, Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Organizadores: Pe. José Ernane Pinheiro, José Geraldo de Sousa Júnior, Melillo Dinis e Plínio Arruda Sampaio. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 173.

interpretação do juiz. Não obstante, não há como negar que a independência do magistrado, ao menos no que diz respeito à interpretação, é maculada pelo efeito vinculante.

3 Uniformização das decisões

É indubitável que, ao lado do argumento que defende a súmula vinculante para que se diminua a morosidade intensa do processo brasileiro de um modo geral, é muito forte também o ponto de vista favorável à vinculação em razão da impossibilidade do Poder Judiciário apresentar soluções distintas para situações iguais. Inclusive, caso houvesse uma escala de força para os argumentos, até pelo que já foi demonstrado anteriormente, o fim da morosidade e a uniformização das decisões estariam bem à frente do argumento que contraria a adoção do efeito vinculante porque ele causaria o fim da independência dos magistrados.

Com efeito, o embasamento teórico para a súmula vinculante em razão da uniformização das decisões freqüentemente tem origem no princípio constitucional da igualdade e na previsibilidade das questões judiciais, o que significa que para situações fáticas iguais requerem-se também decisões iguais. No entanto, é possível imaginar outro embasamento para essa situação, que serve também para a questão da morosidade, que diz respeito à concepção de Mauro Cappelletti sobre o Direito e a Justiça. O trecho transcrito abaixo²⁶ reflete perfeitamente essa concepção:

“Acrescentarei, enfim, que este modelo reflete outra grande e paralela tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos modernos. Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção ‘oficial’ dos que criam o direito, governam, julgam e administram -, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça. Em outros termos, a responsabilidade judicial deve ser vista não em função do prestígio e da independência da magistratura enquanto tal, nem em função do poder de uma entidade abstrata como ‘o Estado’ ou ‘o soberano’, seja este indivíduo ou coletividade. Ela deve ser vista, ao contrário, em função dos usuários, e, assim, como elemento de um sistema de justiça que conjugue a imparcialidade – e aquele tanto de separação ou isolamento político e social que é exigido pela imparcialidade – com razoável grau de abertura e de sensibilidade á sociedade e aos indivíduos que a compõem, a cujo serviço exclusivo deve agir o sistema judiciário”.

Analisando o ensinamento de Cappelletti, parece razoável concluir que, tomando os jurisdicionados como consumidores, como usuários da Justiça, nada mais

²⁶ CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 91.

natural que essa Justiça ofereça decisões iguais para situações fáticas iguais e também que não demore excessivamente e desmedidamente para fazê-lo.

No mesmo sentido, mas sem tocar nessa concepção de “consumo”, por assim dizer, outros autores já fizeram construções semelhantes. Cândido Dinamarco, ao dissertar sobre a importância das súmulas vinculantes, afirma que deve o Judiciário, ao proferir suas decisões, respeitar o quadrinômio igualdade, segurança, economia e respeitabilidade. Da mesma forma, para Vicente Paulo Tubelis, esse quadrinômio corresponde ao prestígio, confiabilidade, previsibilidade e segurança.

A partir do momento, então, que se considera não uma prerrogativa, mas uma obrigação do Poder Judiciário oferecer as mesmas soluções para casos com fatos idênticos, a discussão central deixa de ser a que normalmente se coloca no princípio, qual seja a de que as súmulas vinculantes se justificam pela uniformização das decisões, e se transfere para a real possibilidade de se constituírem processos distintos (em lugares e com partes diversas, por exemplo) sobre fatos idênticos, ou seja, é possível que realmente haja fatos iguais em processos diferentes ou apenas fatos semelhantes. E, mais além ainda, tomando a questão por outro foco, será possível que dois processos diferentes recebam soluções diferentes justamente porque os fatos não são absolutamente idênticos, ou seja, são apenas semelhantes, embora pareçam iguais.

De fato, uma consideração aflora quase que diretamente desse raciocínio. Caso seja possível a existência de fatos iguais em processos distintos, não há dúvida de que essa possibilidade diminui radicalmente na mesma medida em que aumenta a complexidade da causa, ou seja, quanto mais partes, fatos, pedidos, terceiros interessados, etc. houver, menor será a chance de que haja identidade fática. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, ao tratar das tutelas não individuais, afirma que sempre que prevalecem situações pessoais, ainda que os interesses tenham origem comum, podem ser concebidas decisões diversas. Assim sendo, a “origem comum”, característica importante desses interesses, é associada ao elemento objetivo da demanda denominado *causa petendi*. Por outro lado, situações particulares, mesmo que narradas na mesma causa de pedir, podem levar a identificação de pedidos diversos, o que acarretaria demandas distintas, justificando decisões diversas.

Não obstante, como se pode imaginar, a discussão sobre a possibilidade ou não de processos distintos com situações fáticas iguais é extensa. A importância dessa discussão é bem demonstrada por José Marcelo Menezes Vigilar²⁷, ao sintetizar lições de Barbosa Moreira, Luiz Antonio Rizzatto Nunes e Ihering:

“Assim, quando me refiro a fatos idênticos, refiro-me, obviamente, a teses jurídicas idênticas, porque relacionadas a matérias idênticas, a objetos de processos que são idênticos. Duas observações: obviamente, José Carlos Barbosa Moreira faz uma importantíssima consideração sobre a necessidade da jurisprudência e a vida que os tribunais emprestam ao direito positivado. Adiante, mencionarei alguns conceitos sobre a jurisprudência. Desde já, contudo, quero aderir integralmente ao pensamento do referido autor: é óbvio que a jurisprudência deve progredir; é óbvio que deve variar. Jamais pregaria o engessamento de tão nobre atividade. Contudo, nas palavras daquele autor, não se pode admitir que numa mesma corte de justiça, num mesmo contexto histórico haja a desconfortável divergência de teses jurídicas sobre um assunto idêntico. Destaco, ainda, uma importante passagem do magistério de Luiz Antonio Rizzatto Nunes, a que voltarei adiante, mas que deve ser lembrado nesse momento, porque complementa a idéia central acima exposta: ‘Um dos bons fatores de estabilidade social e a que tem direito todo cidadão é a segurança jurídica. Não basta que a sociedade tenha uma Constituição. É preciso que esta seja respeitada por todos: governantes e governados. Assim, o Poder Judiciário ganha importância vital no estabelecimento da segurança jurídica, que é um dos pilares do edifício jurídico do Estado de Direito. Os cidadãos necessitam saber como as leis serão aplicadas para poderem planejar suas vidas; todas as pessoas na sociedade têm o direito de saber com certeza o que devem e o que não devem fazer. É o Poder Judiciário que, em última análise, diz como as normas jurídicas devem ser aplicadas. A sociedade conta, portanto, com as decisões fixadas na jurisprudência para poder respirar a liberdade assegurada pelo Direito e vivenciada na segurança jurídica. É certo que até que os tribunais decidam, uniformemente, a respeito de casos duvidosos, essa segurança não vem’. Ilustrando, ainda, a inquestionável necessidade de progresso do direito, poderíamos, ainda, recordar as poéticas expressões de Rudolf Von Ihering, que afirma a vocação renovadora do direito. Em 1872, escreveu o autor: ‘Um direito concreto que se vangloria da sua existência para pretender uma duração ilimitada, eterna, recorda o filho que levanta a mão contra sua própria mãe. Insulta a idéia do direito, invocando-as, porque a idéia do direito será eternamente um movimento progressivo de transformação; mas o que desapareceu deve ceder lugar ao que em seu lugar aparece, porque tudo que nasce está destinado a voltar ao nada’”.

Nesse sentido, constitui-se tarefa inglória, ao menos, e talvez impossível chegar a uma conclusão sobre a possibilidade de que coexistam processos distintos com fatos idênticos. Tendo isso em vista, há uma grande probabilidade, que decorreria da sensibilização do Supremo com esse tema, de que as sumúlas vinculantes a serem

²⁷ VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência, Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

editadas tratem apenas de casos, por assim dizer, numéricos²⁸, isto é, em que a parte fática diz respeito a algum número, característica essa comum às causas ditas “idênticas” que se multiplicam (como ocorre na esfera tributária e, principalmente, previdenciária, em que se observa a possibilidade de vinculação de determinadas decisões para certo valor de tributo ou de aposentadoria, por exemplo) ou, considerando hipótese mais complexa, em que apenas um fato é relevante para a discussão levada a juízo (aqui serve como exemplo a já citada confusão sobre a competência da Justiça do Trabalho para julgar os casos relativos ao funcionário público, em face da Emenda Constitucional n.º 45, em que o fato relevante para tornar várias causas iguais seria apenas o reclamante ou reclamado ser ou não funcionário público).

Dessa forma, muito interessante e extremamente ilustrativo é o ponto de vista de Márcio Oliveira Puggina, segundo o qual:

“Conclui-se, pela análise das funções operadas pela aplicação do direito, que não existe uma interpretação da norma jurídica, se não que tantas interpretações quantos forem os fatos da vida. Em cada aplicação, porquanto existem fatos semelhantes mas não iguais, haverá a necessidade de extrair sentido e alcance individualizado ao fato em julgamento, o que significa dizer que as normas jurídicas sofrem, em cada aplicação, um processo de recriação”²⁹.

Considerando este fator e também a propalada em todos os campos e temas do Direito atualmente “importância da análise do caso concreto” (que certamente é dispensável que seja analisada aqui), parece que a necessidade de circunstâncias fáticas idênticas acaba por constituir um obstáculo um tanto quanto difícil de ser transposto para que tenha sucesso a súmula vinculante.

²⁸ Nessa temática, Fikentscher, ao tratar do papel da lei na justiça do caso concreto afirma que “*só em raros casos, como porventura quando se trata de um prazo estabelecido numericamente ou de um limite de idade, está desde logo a norma legal condensada de modo a que, sem mais, a ela se possa subsumir. Em todos os outros casos, a lei não é diretamente aplicável, mas estabelece as balizas e fornece as referências para o modo como a norma do caso deve ser obtida*”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 198.

²⁹ PUGGINA, Márcio Oliveira. *A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto*, em *Ética, Justiça e Direito, Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Organizadores: Pe. José Ernane Pinheiro, José Geraldo de Sousa Júnior, Melillo Dinis e Plínio Arruda Sampaio. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 170.

Além disso, importante para que se compreenda o ponto em análise é o tema acerca das tutelas não individuais. Nessas, existe apenas um direito aplicável a casos idênticos discutidos em juízo. Com efeito, é flagrante que as situações dos jurisdicionados são as mesmas e por isso deve haver litisconsórcio (devido à economia processual e à segurança jurídica). Por exemplo, na Justiça do Trabalho, quando houver pedido de um direito individual homogêneo de determinada classe de trabalhadores ou função (como sempre ocorre com a insalubridade ou a periculosidade) a CLT obriga o litisconsórcio e, ainda, frequentemente, ocorre a substituição processual por parte do sindicato. No entanto, a diferença entre as tutelas não individuais e as situações fáticas idênticas buscadas pela súmula vinculante é que naquelas apenas um fato (a insalubridade ou a periculosidade) ensejou diversas demandas homogêneas e que devem obrigatoriamente ser propostas em conjunto, ao passo que nessas a condição é muito mais complexa, pois o direito está longe de ser homogêneo e são buscados fatos idênticos em processos totalmente distintos.

4 A morosidade do processo e a demora nas decisões

Ao lado da necessidade de uniformização das decisões, esse é o outro grande pilar a sustentar a súmula vinculante, já que com ela, em tese, inúmeras decisões que fazem com que o processo dure uma verdadeira “eternidade” seriam praticamente automáticas. No que diz respeito à principiologia do processo, principalmente do processo civil, é essencial que o tema seja relacionado com o princípio da economia processual. Já as considerações acerca da existência da morosidade, de um modo geral, no processo brasileiro, parecem um tanto quanto desnecessárias, pois é amplo o consenso de que é essa a realidade da nossa Justiça, ou seja, de que os processos realmente demoram mais do que deveriam. No entanto, esse tema da morosidade é tratado, de certa forma, também como o problema de excesso de trabalho (leia-se de processos) nos órgãos do Poder Judiciário. Logicamente, é diretamente proporcional à quantidade de processos para serem julgados e à demora, em média, que isso leva para acontecer, muito embora raramente e mesmo sem acúmulo de serviço ocorram julgamentos rápidos. É nesse sentido as considerações que tece Teresa Arruda Alvim Wambier³⁰:

“Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós, e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida legítima, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do nosso Poder Judiciário, de outro lado, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”.

Da mesma forma como foi exposto no capítulo anterior, cabe aqui o conceito de jurisdicionado – consumidor, trazido por Mauro Capelletti. Isso porque o sujeito que busca o Poder Judiciário para solucionar o seu problema, ou seja, para que seja observado um direito seu, não pretende esperar eternamente (ou quase) para tanto, assim como espera o sujeito que para casos idênticos ao seu sejam dadas decisões uniformes.

³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBDP, 2000, p. 295.

É inegável a relação do princípio da economia processual com a morosidade do processo, em que pese mesmo com a sua estrita observação a demora igualmente ocorra. De natureza infraconstitucional, é evidente a sua intenção de fazer com que não haja desperdício, principalmente de tempo, durante o processo. Para Cândido Dinamarco:

“Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”³¹.

Assim sendo, é quase que automática a relação do princípio da economia processual com o princípio da instrumentalidade das formas, que dá importância à finalidade do ato e não a ele em si mesmo considerado, já que se puder atingir sua finalidade, ainda que irregular na forma, não deve ser anulado³². É esse raciocínio justamente que consta do artigo 250 do Código de Processo Civil.

Com efeito, a mesma linha de argumentação pode ser usada para a adoção da súmula vinculante, já que terá ela o intuito de impedir um dispêndio exagerado dos bens em disputa, equilibrando o binômio custo benefício, tentando minimizar o emprego de certas atividades processuais.

Considerando apenas isso, é perfeitamente defensável a instituição da súmula vinculante (em verdade, provavelmente, de qualquer outra medida adequada, tendo em vista a demora caótica que observamos) com base na morosidade do processo, já que em alguns casos haverá, inclusive, verdadeira supressão de um grau da jurisdição. Deixando de lado as outras discussões a esse respeito e considerando apenas a “demora”, não há como não reconhecer que isso acarretaria uma certa diminuição do tempo despendido durante o processo. No entanto, esta posição está longe de ser

³¹ DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 72-73.

³² NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 523.

uníssona na doutrina nacional, uma vez que teóricos de renome defendem o contrário. É o caso de Lenio Luiz Streck, segundo quem:

“O problema da efetividade das decisões judiciais e da assim denominada morosidade da justiça não será resolvida mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, e sim, por uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça”³³.

Por outro lado, toda a discussão que permeia o tema em questão deve ser renovada depois do advento da Emenda Constitucional n.º 45, uma vez que introduziu ela o novo inciso LXXVIII no artigo 5.º da Constituição da República, aquele que trata dos direitos e garantias fundamentais, que determinou que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Portanto, elevada a discussão ao patamar constitucional, não deve ser ela feita apenas nos limites do princípio da economia processual, ou seja, deve-se, agora, discutir e pensar, na prática, em como fazer para que esse preceito da Constituição oriente toda a atividade jurisdicional, seja através de súmulas vinculantes ou outras medidas. Assim sendo, acaba por ganhar poder a súmula vinculante no que diz respeito à morosidade do processo, já que parece quase que imediato que um de seus principais efeitos, senão o principal, será o de possibilitar a razoável duração do processo e a sua celeridade, mesmo que em pequena escala, isto é, mesmo que a diminuição no tempo despendido seja pequena.

³³ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 258.

5 O efeito vinculante no direito comparado

A importância de analisarmos o objeto de estudo não só no direito brasileiro, mas também no direito comparado não reside apenas na comparação que sobrevém entre os modelos. Além disso, é importante que se aprenda, através dos mecanismos com que outros países se utilizam ou não do efeito vinculante, para que não se limite apenas a reproduzir, a fotografar as estruturas estrangeiras, mas também para que as criticando, possamos melhorar as nossas, consertando erros e valorizando acertos.

5.1 Direito Inglês

Sem dúvida, a característica histórica mais marcante da lei inglesa é ser produto dos juízes (é o chamado *judge made law*). Assim, a maior parte de seu direito não deriva do parlamento, mas sim do trabalho dos juízes, aplicando regras consuetudinárias estabelecidas através dos séculos a casos novos. Isso significa que a cada caso deve o juiz aplicar o princípio legal preexistente, seguindo o exemplo (precedente) das decisões anteriores (o *stare decisis*). No entanto, cada vez mais vem aumentando a participação das leis provenientes do parlamento no Direito Inglês, o que faz com que não possa ser afirmado sem alguma reserva que apenas o juiz faz o Direito.

Com efeito, o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação (como ocorre com as súmulas brasileiras sem força vinculante). Pelo contrário, está obrigado a aplicar as regras legais contidas nas decisões prévias.

“É importante ressaltar, nesse sentido, lembra Jauregui, que os precedentes se aplicam somente aos pontos ou questões de Direito, ainda que em alguns casos a questão de Direito esteja diretamente inter-relacionada com os fatos. Por outro lado, o princípio legal no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a tomar. Essa parte substancial do princípio legal é chamada de *ratio decidendi* do caso. Os juízes, em suas sentenças, fazem, por

vezes, observações sobre a lei que, em realidade, são alheias ao caso. Tais observações, ditas de passagem (*obliter dicta*), não são vinculantes como precedente³⁴.

Entretanto, existem vários caminhos para que a lei se desenvolva e a doutrina não perca flexibilidade como consequência da concentração apenas na jurisprudência. Para tanto, é concedido às cortes superiores poder para que modifiquem decisões das cortes inferiores e, inclusive, suas próprias decisões. Além disso, os precedentes podem também ser alterados pela legislação (pelo denominado *statute*).

Dessa forma, pode ser resumido o sistema de controle dos precedentes no *comon law* em três proposições:

“1º - As decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria; 2º - As decisões tomadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3º - As decisões tomadas pela *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões da própria *High Court of Justice* e pela *Crown Court*”³⁵.

Assim sendo, observa-se que há uma certa tendência no Direito Inglês, sem que se coloquem os princípios do *comon law* em risco, para que se aumentem as exceções que a regra do precedente comporta, em contrapartida tornando mais rigorosa a sua aplicação.

5.2 Direito Americano

Da mesma forma que ocorre com o Direito Inglês, tendo em conta as mesmas raízes ligadas ao *common law*, a jurisprudência no Direito Americano também ultrapassa os limites da lide entre as partes, caracterizando verdadeira fonte básica do

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 48

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49

Direito. Com efeito, nos Estados Unidos há também a regra do *stare decisis*, que, no entanto, não funciona com o mesmo rigor que na Inglaterra. Isso se deve à existência de um sistema federativo, que faz com que seja necessário uma flexibilização do sistema de precedentes, já que é necessário evitar que se estabeleçam diferenças consideráveis entre os direitos de diversos estados-membros. Essa ausência de rigor corresponde, na prática, à ausência de vinculação do Supremo Tribunal e dos Supremos Tribunais dos Estados às suas próprias decisões, ou seja, não há obrigatoriedade para que seja seguida a sua jurisprudência.

Considerando isso, atualmente não há mais risco em se afirmar que a lei escrita (os *statutes*) e as decisões judiciais já estão em plano de igualdade nos Estados Unidos, sendo, inclusive, a legislação força dominante em muitos setores do direito e igualmente pouco freqüente que se encontre um caso em que não haja uma lei a ele vinculada, direta ou indiretamente. Por isso, não se pode mais pressupor que o ponto de partida para uma causa no Direito Americano seja sempre um precedente. Normalmente, o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo³⁶. Assim sendo, cabe aos tribunais americanos a interpretação e aplicação da legislação, sem olvidar dos precedentes judiciais que a interpretaram e a aplicaram previamente. Nesse sentido, devem se preocupar também os tribunais estadunidenses com a árdua tarefa de balancear a política legislativa e o precedente jurisprudencial. Esse importante conflito é tratado com precisão no trecho a seguir³⁷:

“O crescimento das leis (*statutes*) está invadindo áreas que estavam reguladas completamente pela *common law*. Quando isto ocorre, o problema que se apresenta diz respeito a que medida a *common law* segue sendo direito válido ou, pelo contrário, se considera revogada pelo direito legislador. Assim: 1) algumas leis declaram expressamente que elas revogam totalmente a *common law* nas áreas que regulam. Outras, ainda que não digam expressamente, são promulgadas com o propósito de pôr a *common law* existente em forma de lei. Tais leis se denominam códigos (não no sentido da *civil law*); 2) Os casos mais difíceis são os das leis que contemplam uma área previamente regulada pela *common law*, porém não estabelecem claramente a sua relação com esta. Ocorre então: 2.1.) Lei contrária à *common law*: nestes casos, os tribunais tendem a interpretar as leis em sentido estrito, havendo uma tendência a

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 61.

³⁷ SESMA, Iturralde Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, pp. 200-202.

presumir que não foi alterada a *common law*; 2.2) Lei que não contraria a *common law*: as dificuldades são muitas, porque, primeiro, as respectivas esferas de aplicação podem não ser claras; segundo, se o tribunal pode exercer sua jurisdição segundo a *common law* ou segundo à lei, pode existir o perigo de que o tribunal prefira confiar na *common law* e eventualmente desenvolvê-la de uma maneira que seja contrária ao *statute*; terceiro, porque causa inconsistência nas decisões, até que um tribunal haja decidido sobre a questão; e 3) muitas vezes se promulgam leis que se confrontam com o âmago da *common law* existente, porém, por outro lado, são insuficientes, isto é, repletas de lacunas. Nestes casos, as leis terão que ser supridas/suplementadas pelo direito preexistente. Em geral, existe uma regra interpretativa segundo a qual ‘as leis que derroguem a *common law* devem ser interpretadas restritivamente’. Essa regra - não isenta de críticas - tem sido utilizada reiteradamente pelos tribunais, que a empregam principalmente quando haja dúvidas sobre se a lei modifica a *common law* preexistente. Neste caso, o argumento usado é de que, se o legislador queria, de fato, modificar a *common law*, a vontade legislativa teria que ter sido expressa de forma clara”.

Não obstante, importante observar que a autoridade obrigatória do precedente é a das decisões dos tribunais superiores da mesma jurisdição e das decisões do próprio tribunal. Contudo, é um tanto improvável que um tribunal inferior ignore uma decisão anterior do tribunal superior na mesma jurisdição se há poder de revisão (exatamente como ocorre no Brasil). Portanto, a questão passa a ser até que ponto um tribunal seguirá uma de suas próprias decisões anteriores, justamente porque basta uma decisão apenas para que seja constituído o precedente. Segundo Lenio Streck³⁸, para resolvê-la é necessário distinguir a decisão de seu fundamento, o que, no sistema americano, respectivamente, são denominados de *holding* e de *dictum*.

“Em magistral síntese, Brumbaugh, citado por Edward D. Re, diz que as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, antes, para solver as disputas entre os litigantes. A autoridade do precedente dependerá e estará limitada aos ‘fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar’. Em razão disso, os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*, que goza somente de força persuasória”.

5.3 Direito Português

Até o ano de 1.993 vigorava em Portugal o sistema dos precedentes com força vinculatória. Eram os chamados assentos, que deixaram, desde então, de ser

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 62.

obrigatórios, em virtude justamente da declaração de sua inconstitucionalidade³⁹. Para a instituição dos assentos e de sua força vinculante, dois princípios, que constavam do Código Civil e do Código de Processo Civil, eram fundamentais. O primeiro constava do artigo 768, n.º 3, do Código de Processo Civil:

“Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento”.

Já o segundo estava no capítulo das fontes do Direito do Código Civil Português, em seu artigo 2.º: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”.

De fato, os assentos pressupunham a existência de uma contradição entre decisões de tribunais superiores, ou seja, dois acórdãos decidindo de maneira oposta acerca da mesma questão de direito. Essa contradição era dirimida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça através de um assento que, após sua publicação, passava a ter força vinculativa. Dessa forma, o assento correspondia ao âmbito do Direito pré-vigente, limitando-se a optar por uma de duas (entre várias) soluções previamente propugnadas por decisões jurisdicionais.

Com efeito, mesmo antes da declaração da inconstitucionalidade dos assentos, já era muito discutível a sua manutenção no sistema jurídico português, em razão da Constituição de 1.982. Isso pode ser evidenciado nos dizeres de Canotilho:

“Além de caracterizar os assentos como ‘actos legislativos normativos paralegislativos’, agrega que a sua legitimidade já era questionada, e com bons argumentos, em face do texto originário da Constituição Portuguesa. Hoje, os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são inconstitucionais porque verdadeira legislatio, violando o princípio da tipicidade das leis (art. 115/5)”⁴⁰.

Considerando isso, é necessário ressaltar que os assentos podem ser considerados verdadeira fonte paradigmática das súmulas brasileiras, tendo em vista

³⁹ Através do acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional.

⁴⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 996.

que correspondem ambos a uma proposição geral abstrata originada pela solução a um determinado caso concreto. De fato, era a intenção de Alfredo Buzaid, em seu anteprojeto para o Código de Processo Civil, a implantação dos assentos portugueses no sistema brasileiro. No entanto, ao final, muito embora semelhantes aos assentos, as súmulas ingressaram em nosso sistema sem força vinculativa, em que pese a similitude possa ser verificada na própria redação⁴¹.

5.4 Outros países

Na Itália a uniformização da jurisprudência ocorre através das máximas da Corte de Cassação, que são publicadas depois do advento da exegese reiterada que a Corte atribui a determinado texto legal. Essas máximas possuem mais autoridade do que qualquer outro tipo de precedente. A sua definição segue uma sistemática especial e não resulta apenas de um caso concreto específico. Entretanto, ao contrário das nossas súmulas vindouras, as máximas italianas não possuem eficácia vinculativa. Contudo, alguns autores, baseados no princípio constitucional que atribui à Corte de Cassação a suprema instância judiciária, concedem às máximas um valor formal, uma vez que a sentença que divergir do entendimento da Corte pode ser reformada através de um recurso direto.

Na França não há qualquer tipo de procedimento especial para a uniformização da jurisprudência, como súmulas ou máximas. Portanto, não há também qualquer tipo de força vinculativa de precedentes. A uniformização ocorre através do recurso de cassação, que é interposto para a Corte de Cassação e tem a função de tão somente manter a unidade da legislação e impedir a diversidade da jurisprudência. A Corte não aprecia qualquer matéria de fato e, portanto, não pode conhecer do mérito da causa, incumbindo-se apenas de cassar o julgamento que ofende a lei.

⁴¹ Assento n.º 4/94: A dívida de restituição do sinal em dobro, por incumprimento de contrato-promessa de compra e venda de coisa imóvel, celebrado por um dos cônjuges, comerciante, como promitente vendedor, é da responsabilidade de ambos os cônjuges, nos termos e com as ressalvas previstas no artigo 1.691, n.º 1, alínea *d*, do Código Civil.

Ao contrário de Itália e França, na Espanha é utilizado o sistema dos precedentes com cunho vinculatório, conhecido pelo nome de *doctrina legal*. Lá a própria lei estabelece um recurso para o Supremo Tribunal contra uma decisão judiciária que supostamente tenha violado a *doctrina legal*, que é instituída, da mesma forma que as nossas súmulas, mediante a sucessão de várias decisões do Supremo sobre determinada matéria. Essa noção de *doctrina legal*, de maneira análoga, também ocorre do México e em Honduras, mas apenas para as matérias relativas às liberdades públicas.

6 A discussão acerca da súmula impeditiva de recurso

Como alternativa para aqueles que compartilham da opinião sobre os fatores que ensejam a instituição de uma medida como a súmula vinculante, mas que dela discordam, pelos diversos motivos expostos, surgiu com certa intensidade a possibilidade de que fosse a súmula vinculante substituída pela súmula impeditiva de recurso. No entanto, faz-se mister ressaltar que a súmula vinculante foi aprovada no Senado Federal e já vigora em razão da Reforma do Judiciário, ao passo que a súmula impeditiva de recurso foi recusada e retornou à Câmara.

Não obstante, permanece com força a discussão em torno da súmula impeditiva de recurso, uma vez que é ainda um tanto imprevisível o exato impacto que terá a súmula vinculante em nosso sistema. Nesse sentido, sustentam alguns críticos da súmula vinculante que, de fato, ela não terá o condão de descongestionar o Poder Judiciário, já que as súmulas, da mesma forma que as leis, serão interpretadas, cabendo então ao STF dirimir as controvérsias, através da reclamação. Por isso, a súmula impeditiva de recurso surge como eventual alternativa. Além disso, é importante precisar quais são os pontos que determinam as suas diferenças e também se é possível que esses dois tipos de súmulas coexistam.

Além de constar do texto da Reforma do Judiciário que não foi aprovado pelo Senado e retornou à Câmara dos Deputados, a súmula impeditiva de recurso também é objeto de um Projeto de Lei, proposto pelo senador Pedro Simon, que visa à sua introdução através da modificação do Código de Processo Civil, o que seria feito com a inclusão do parágrafo primeiro no artigo 518 (nesse caso, o parágrafo único transformar-se-ia em segundo), com a seguinte redação:

“O juiz, ao aferir os pressupostos recursais, não receberá o recurso de apelação quando a decisão recorrida estiver de acordo com súmula do respectivo Tribunal ou dos Tribunais Superiores em sentido igual à decisão recorrida”.

Alguns problemas e aspectos interessantes derivam imediatamente da simples cogitação da súmula impeditiva de recurso em face da súmula vinculante. No caso da

súmula vinculante, ficará determinada pelo Supremo Tribunal Federal a interpretação sobre determinada norma constitucional e essa determinação vinculará todo e qualquer ato jurisdicional, seja ele de tribunal ou juízo singular, além dos atos da administração pública e, em caso de violação à súmula, o “ato” poderá ser reformado mediante simples reclamação ao STF.

Já com a súmula impeditiva de recurso⁴², a primeira consequência, inclusive cronologicamente, é que ela, em nenhum momento, teria o condão de vincular, de obrigar, qualquer magistrado a decidir, ou seja, a obedecer à interpretação por ela imposta. Nesse sentido, o seu efeito direto seria apenas o de impedir o recurso, mas aí apenas se o julgador seguisse o entendimento constante da súmula. Assim, apenas com a súmula impeditiva de recurso, o órgão julgador teria duas opções: confirmar o entendimento da súmula, o que acarretaria a impossibilidade de interposição de recurso, ou então contrariar o entendimento da súmula, o que simplesmente faria com que o processo seguisse com o seu rito normal, com a possibilidade de interposição da vasta gama de recursos disponíveis em nosso ordenamento jurídico. Obviamente, essa é uma situação impensável na esfera da súmula vinculante, que impõe uma decisão e não admite que se decida em sentido contrário.

Além disso, importante esclarecer exatamente a que tipo de norma, constitucional ou infraconstitucional, a súmula impeditiva de recurso corresponderia. A súmula vinculante, em razão do que está disposto expressamente no texto da Emenda Constitucional n.º 45, refere-se à interpretação de norma constitucional. Em que pese a nossa Constituição analítica permita que quase tudo possa ser enquadrado como norma constitucional, tudo indica que a súmula impeditiva de recurso se ocuparia de normas infraconstitucionais. Isso porque, ao menos no tocante ao texto da Emenda n.º 45 não aprovado pelo Senado⁴³, ela diria respeito às decisões do STJ e TST. Dessa forma, seriam impedidos os recursos das decisões no mesmo sentido que o entendimento sumulado do STJ e do TST, ou seja, a seara da súmula impeditiva de

⁴² Ressalte-se que aqui a análise será feita inicialmente separando os dois tipos de súmula, imaginando que elas não coexistiriam.

⁴³ A emenda pretendia inserir na Constituição os artigos 105 – A e 111 – B.

recurso seria da legislação federal e, portanto, diversa da súmula vinculante, que se ocuparia da seara constitucional. Nesse sentido, parece natural que não seria impedido recurso para discutir a questão constitucional de determinado caso em que outro recurso fosse obstado. Assim sendo, considerando o sistema sumular que propôs a Reforma do Judiciário em seu texto original, não haveria problemas para a coexistência dos dois tipos de súmula, muito embora os efeitos e modificações em potencial que elas viriam (ou virão) a causar sejam completamente distintos.

No entanto, o mesmo não ocorre caso seja aprovada a súmula impeditiva de recurso proposta pelo senador Pedro Simon, que acarretaria mudança no Código de Processo Civil, e não faz qualquer distinção entre matéria constitucional ou infraconstitucional (uma vez que trata apenas de “Tribunais Superiores”, o que inclui o STF) e também que, em tese, se aplica apenas à apelação cível. Por isso, parece pouco provável que seja essa súmula aprovada pelo Congresso, visto que se restringiria à apelação (sem, por exemplo, que se impedisse o agravo de instrumento da decisão interlocutória que antecipa a tutela e é idêntica à súmula) e também estaria em evidente conflito com a já aprovada e vigente súmula vinculante, pois teríamos, eventualmente, ao mesmo tempo, uma súmula vinculando determinadas decisões de caráter constitucional e outra impedindo apenas a apelação para o mesmo caso, mas permitindo, por exemplo, a interposição de recurso extraordinário. Contudo, é praticamente impossível que isso viesse a ocorrer, pois é claro que o STF adotaria apenas um tipo de súmula para os seus entendimentos, fazendo com que o outro não fosse utilizado, e, certamente, a eleita seria a súmula vinculante.

Não obstante a tudo isso, outra importante consequência da adoção da súmula impeditiva de recurso corresponde à decisão que não recebe o recurso, em razão da existência da súmula. É um pouco ingênuo cogitar que a parte sucumbente em primeiro grau deixaria de recorrer apenas por causa da existência de súmula que impeça o recurso (é claro, da mesma forma que poderá ocorrer com a súmula vinculante, e que a jurisprudência venha a desenvolver mecanismos para que isso não ocorra, como a condenação por litigância de má-fé), por isso o momento em que será efetivamente impedido o recurso, ou seja, em que a súmula será verificada, será o do

despacho do juiz recebendo o recurso. E, nesse caso, a não ser que surja orientação em outro sentido ou que súmulas determinem o entendimento cabível, haverá a possibilidade de recurso. Do despacho do juiz de primeiro grau que não recebesse a apelação em razão de súmula impeditiva de recurso caberia agravo de instrumento. Do despacho do relator que não recebesse o agravo de instrumento pelo mesmo motivo caberia agravo inominado e assim por diante.

Por tudo o que foi exposto, parece óbvio que a súmula impeditiva de recurso, caso instituída, trará, ao lado de algumas soluções, outros tantos problemas, o que faz com que se torne difícil a sua adoção, ao menos sem que se observem quais serão os efeitos causados pela súmula vinculante, que, igualmente, traz soluções e problemas lado a lado.

7 O impacto da súmula vinculante em nosso processo

É inegável que qualquer tentativa de avaliar o impacto de um novo diploma legal ou então de uma nova medida para o ordenamento jurídico não se trata de caminhar sobre uma estrada completamente segura. Não é diferente com a súmula vinculante. Determinar com clareza se ela será capaz de resolver todos os problemas a que se propõe é tarefa árdua. Contudo, certos indícios e, principalmente, certas características do Direito, do processo e também da prática forense brasileira permitem que se aponte, ao menos com certo grau de certeza para o que irá acontecer, isto é, se a súmula vinculante terá o condão de eliminar a morosidade do processo, a grande quantidade de feitos múltiplos e também de uniformizar completamente a jurisprudência.

Certamente, o principal dado que devemos considerar nesta seara é a importância exercida pelas súmulas e, por conseguinte, pela jurisprudência no momento da decisão judicial. Com efeito, é de conhecimento geral que é exercida influência enorme, praticamente irrestrita, de modo que é desprezível o número de julgados contrários a determinada súmula e menor ainda a quantidade que não julga de acordo com alguma jurisprudência, preferencialmente a dominante.

Sobre esse mister, já teve a oportunidade de se manifestar José Rogério Cruz e Tucci:

“Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo papel, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático de institutos jurídicos.

Nenhum operador do direito, de época contemporânea, negaria a utilidade e eficiência dos precedentes judiciais acerca das várias teses que deve sustentar na defesa de um caso ou para fundamentar uma decisão; qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.

A exemplo do testemunho de Galgano concernente à praxe forense italiana, antes referido, também no Brasil, é simplesmente indispensável, para o exercício profissional, a consulta em repertórios de julgados e em coletâneas de jurisprudência selecionadas por matérias tópicas e/ou anotadas; estas, aliás, com sucessivas edições atualizadas.

Os próprios tribunais de um modo geral, zelosos em difundir os seus respectivos precedentes, disseminam-nos pela internet, e até mesmo interagem e ‘dialogam’, on line, com os usuários, chegando a ‘responder consultas’ pontuais sobre determinada questão.

Diante da desmedida pleora de recursos que abarrotam as nossas cortes de justiça, a experiência tem demonstrado que os acórdãos, via de regra, são fundamentados na jurisprudência, em particular, dos tribunais superiores, fator esse que aumenta em muito a previsibilidade do resultado do processo⁴⁴.

Sob esse prisma vislumbra-se um resultado de certa forma paradoxal. Isso porque, de um lado, afigura-se provável que a súmula vinculante será bem aceita pelo nosso sistema (especialmente pelos nossos juízes), já que se não julga sem o amparo jurisprudencial, o que só aumenta com a existência de uma súmula. Portanto, somando-se a essa súmula efeito vinculante, considerando a forma como a jurisprudência é utilizada pela nossa judicatura, é evidente que não será ela de forma alguma rejeitada, pelo contrário, será utilizada como mecanismo para evitar um esforço desnecessário, uma vez que se houver súmula vinculante para determinada interpretação, não precisará o magistrado buscar a jurisprudência dominante em seus tribunais superiores para então julgar de acordo com elas. Além disso, por outro lado, também não se configura muito otimista a análise acerca dos resultados que a súmula vinculante poderá produzir uma vez que, inclusive como é defendido por vários processualistas, considerando que as súmulas atuais, mesmo sem vinculação, praticamente não são contrariadas, não será a súmula vinculante que transformará a realidade do processo. Ou seja, atualmente já há uma vinculação intensa às súmulas dos tribunais superiores, portanto essa vinculação apenas será legitimada com as súmulas vinculantes, não causando nenhum efeito além dos que já verificamos hoje em dia.

Não obstante, é extremamente oportuno que se consigne no atual estágio dos trabalhos a brilhante crítica feita por Lenio Streck sobre a forma como as súmulas são utilizadas nos julgamentos, ainda sem o efeito vinculante. Para Streck, a utilização das súmulas e da jurisprudência chegou a estágio tal em que são inseridas (as súmulas ou as ementas de julgados anteriores) de forma deslocada em julgamentos apenas semelhantes ao que embasam. Isso significa que também é freqüente que não se analise a fundo o entendimento cristalizado na súmula e, mais ainda, que se faça o

⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 257-258.

mesmo com os casos citados a título de jurisprudência (dominante). Dessa forma, o costume de sempre julgar de acordo com a jurisprudência ou ainda de seguir a súmula do STF ou do STJ careceria de alguma legitimidade. Todavia, a solução para este problema não passa pela discussão adotada por esse trabalho acadêmico.

Além disso, importante salientar outra crítica de Streck aos efeitos (ou ausência deles) da súmula vinculante. Segundo ele:

“O Judiciário brasileiro não é lento porque as Súmulas ou as jurisprudências não vinculam/obrigam, formal ou informalmente as instâncias inferiores, mas sim, porque está assentado sobre uma estrutura arcaica e burocrática, permeada por um imaginário conservador, fruto de uma fortíssima crise de paradigma pela qual passa a dogmática jurídica.”⁴⁵

Contudo, cabe ressaltar, apoiando-se pela mais variada gama de juristas que defendem a súmula vinculante, que certamente não será ela capaz de resolver todos os males da justiça brasileira e, muito provavelmente, sequer seja essa a intenção, é ela defendida justamente como um ponto de apoio para certas mudanças estruturais, talvez até um ponto de partida. Na verdade, o raciocínio seria de que enquanto certas mudanças demorarão ainda décadas para ocorrer, por algumas um pouco menores a súmula vinculante se responsabilizará (note-se que é justamente esse o impacto minimizado linhas acima). Comparativamente, é o mesmo raciocínio mencionado para justificar a reserva de vagas para negros e egressos do ensino público nas universidades públicas em face da tentativa de mudanças estruturais em todo o sistema de ensino e na sociedade. Ao tempo em que a sociedade e o sistema de ensino levarão décadas (ou séculos) para mudarem significativamente, a reserva de vagas se responsabilizará pelos estudantes que não podem esperar todo esse tempo sem ter uma oportunidade.

Considerando tudo isso, parece pouco provável que a súmula vinculante será capaz de proporcionar grande mudança em nosso sistema jurídico, ao menos no que diz respeito ao processo. Entretanto, no tocante à Administração Pública, que também terá suas decisões vinculadas pelas súmulas (que serão passíveis de Reclamação ao

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 284.

STF), tudo indica que algo novo poderá se verificar, já que em nenhum momento se imaginou algo como esse tipo de vinculação. No entanto, essa seara de Direito Administrativo também passa ao largo do tema aqui tratado.

Por fim, existe ainda certo receio de que seja causada certa conturbação no momento em que os juízes tiverem de adequar os casos ao entendimento da súmula. Esse receio diz respeito à possibilidade de justamente a demora que a súmula pretende evitar vinculando determinado entendimento seja caracterizada pela discussão acerca da adequação do caso à súmula. Em que pese possa ser criada uma discussão que venha a aparecer com freqüência nos processos, é provável que ela seja obstáculo apenas uma única vez (em cada processo, logicamente) ao pretense efeito da súmula vinculante, tendo em vista que no momento em que o juiz proferir certa decisão aplicando ao caso o entendimento vinculado ou então negando ao caso adequação à súmula, a parte prejudicada imediatamente “reclamará” ao STF que definirá se àquele caso a súmula se aplica (e aí vale o entendimento dela) ou se não se aplica (e aí prevalece o entendimento do juiz).

Nessa mesma esteira, outro receio, que parece um tanto infundado, seria o de não ser previsto qualquer meio que obrigue o juiz a seguir a súmula vinculante. Como já defendido acima, parece pouquíssimo provável que isso ocorra, por isso não se defende medidas como penas disciplinares ou até multas aos juízes que não as apliquem. Por outro lado, seria interessante que a jurisprudência caminhasse no sentido de aplicar as disposições da litigância de má-fé (um instituto já existente no ordenamento) à parte que formula pedido manifestamente contrário ao entendimento da súmula.

8 Conclusão

Da mesma forma que o espaço destinado ao conteúdo propriamente dito, as considerações finais desta monografia também dizem respeito ao três grandes temas tratados: a viabilidade das súmulas vinculantes, o seu impacto no ordenamento brasileiro, além da previsibilidade que possa transparecer da análise do direito comparado. Todavia, não será a conclusão fragmentada, muito embora deva haver uma seqüência, já que não há como separar completamente esses três campos, especialmente os dois que constituem a análise do impacto das súmulas vinculantes. Com efeito, mesmo que se considere inviável a adoção das súmulas isto pouco adiantaria, pois elas já fazem parte de nosso ordenamento. Contudo, as considerações de seu impacto tendo em vista o sistema posto, ao lado das lições que podem ser aprendidas com o direito estrangeiro, podem ser muito úteis para a forma como tratá-las e utilizá-las no processo brasileiro.

De fato, é tarefa um tanto quanto complicada afirmar categoricamente se a adoção de súmulas vinculantes é viável para o nosso ordenamento. São dois os motivos. Primeiro em razão da pouca relevância prática que resultaria de tal posicionamento, uma vez que essa discussão, do ponto de vista legislativo, já está superada, tendo em vista que as súmulas vinculantes já são parte de nossa realidade jurídica. Em segundo lugar devido à vasta gama de aspectos que estão envolvidos nesse juízo, o que, inevitavelmente, não ruma apenas no sentido da inviabilidade ou da viabilidade, mas sim para ambos.

Quanto à propalada afetação da independência dos magistrados, salvo no que diz respeito à interpretação, à questão da concretização da norma, ainda que parcialmente, a conclusão é de que não há grandes problemas para a adoção das súmulas vinculantes, ou seja, a conclusão é pela sua viabilidade.

Começando pelo princípio do livre convencimento do juiz, não há como deixar de entender que ele não é atingido por uma súmula com efeito vinculante, tendo em vista que a liberdade de convencimento do magistrado corresponde à valoração da prova, ou seja, à apreciação das questões de fato, não estando aí incluída a

interpretação da lei. E é justamente essa a esfera de incidência da súmula vinculante, isto é, se ocupa ela justamente de vincular determinadas interpretações para certas normas constitucionais.

Na seqüência, cabe salientar que as súmulas vinculantes não são inviáveis pelo fato de caracterizarem concentração excessiva de poderes nas mãos do Supremo Tribunal Federal. Isso porque essa já é justamente a racionalidade sobre a qual o nosso sistema jurídico está estruturado, qual seja a de que sempre a “última resposta” no que concerne à matéria constitucional será do Supremo, seja em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, este de sua competência exclusiva e aquele o instrumento através do qual o seu entendimento prevalece quando discutido nos casos concretos. Nesse sentido, considerando que apenas as questões de interpretação de normas constitucionais serão objeto das súmulas, tudo indica que não há conflito com o controle difuso exercido pelo STF, mas tão somente uma espécie de supressão da medida que faz com um incidente processual seja criado e levado a cabo por um período de tempo que possivelmente as partes interessadas no litígio não têm para dispor.

Não obstante, é perfeitamente contrariável o argumento de que as súmulas vinculantes causarão o engessamento da evolução do direito através da cristalização da jurisprudência. O argumento para tal conclusão é simplesmente o de que está prevista na própria emenda constitucional que institui a súmula vinculante a possibilidade de sua revisão e/ou cancelamento. Além disso, em razão do atual panorama, tudo indica que as súmulas vinculantes servirão apenas para casos excepcionais, em total contrapartida às súmulas sem força vinculante que vigoram atualmente. O indicativo para isso é bem simples: mesmo depois de cerca de dez meses da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 45 nenhuma súmula foi ainda editada. Apenas a título de exemplo, não há fundamento para se acreditar que a evolução do Direito (sem embargo de estar ela ligada à jurisprudência) será barrada pela existência de uma interpretação vinculante para a determinação da competência material da justiça do trabalho ou então para a unificação dos critérios da exigência de três anos de prática forense para os candidatos a concurso públicos.

Por fim, o único aspecto em que realmente é possível que se considere uma eventual perda de independência dos magistrados é o que diz respeito à interpretação, à concretização da norma, justamente porque a atividade de interpretação do juiz é por excelência o que concede a ele independência⁴⁶, além de ser uma das grandes responsáveis por uma parcela de criação do Direito. Por isso, no momento em que se estabeleça determinada interpretação para uma questão constitucional, não haverá qualquer liberdade de criação para o juiz no que disser respeito àquela norma. Nesse sentido, é importante salientar que, diversamente do que ocorre com os outros pontos expostos anteriormente, há sim perda de independência por parte do juiz com a adoção das súmulas vinculantes, e essa perda se refere à sua liberdade de interpretação. Todavia, tão importante é mencionar que na prática poucos efeitos vão surtir essa mácula na independência do magistrado, uma vez que, como já demonstrado, o nosso sistema jurídico está estruturado de tal forma que pouca ou nenhuma liberdade de interpretação é verdadeiramente concedida aos juízes singulares ou tribunais, a exceção dos superiores. Isso porque mesmo que o juiz singular de uma comarca de entrância inicial exerça com propriedade a sua liberdade de interpretação, a última decisão sempre caberá aos tribunais superiores. No caso do controle de constitucionalidade difuso, que é prerrogativa de cada juiz singular, o entendimento final já era do STF e continuará sendo, seja conhecendo da questão através do recurso extraordinário, seja adotando a vinculação através de súmula.

Quanto à questão da uniformização das decisões, que surge como argumento de peso favorável à súmula vinculante, conclui-se que a discussão de fundo é se realmente existe a possibilidade de que processos distintos sejam baseados em fatos idênticos, mesmo com partes diferentes. Se a resposta for afirmativa, perde-se o objeto da discussão acerca da necessidade de se buscar a eliminação de soluções distintas

⁴⁶ Nesse sentido oportuno lembrar a lição de Luís Roberto Barroso, em BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, em Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 9: “A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”.

para situações iguais, pois é indefensável que essa possibilidade possa subsistir⁴⁷. Em verdade, este trabalho não apresenta uma resposta definitiva para tal demanda. Entretanto, pode se concluir que a probabilidade de que se encontrem fatos iguais em processos distintos é inversamente proporcional à complexidade da causa, ou seja, quanto mais ela for complexa, mais descartável é a probabilidade de encontrarmos fatos idênticos e, conseqüentemente, exigirmos soluções uniformes. Com efeito, como não há mais meios para barrar a adoção da súmula vinculante com base nesse argumento, o que se espera (e que na verdade já tende a ocorrer) é uma sensibilização do Supremo Tribunal Federal para que apenas normas capazes de ensejar discussões jurídicas de “baixa complexidade” sejam objeto de vinculação. Além dos exemplos já citados, aqueles casos que ensejam multiplicação absurda de processos como os que dizem respeito à concessão de benefícios previdenciários ou então casos de Direito Tributário (como o do compulsório dos combustíveis) são ideais. Outro “pedido” já freqüente na doutrina é de que casos envolvendo o Direito de Família também não sejam objeto de súmula vinculante⁴⁸. Não obstante a tudo isso, merece espaço (mas aí seria necessário um outro trabalho acadêmico inteiro) a discussão sobre a real necessidade de uniformização das decisões, já que é comum nos defrontarmos com os argumentos de que em um país de dimensões continentais a divergência jurisprudencial é natural e até salutar, dada a complexidade da sociedade e das relações⁴⁹.

Além disso, o principal aspecto e certamente o mais convincente sob o qual é defendida a súmula vinculante é o da grande morosidade do processo, o que só aumenta com a elevação da razoável duração do processo ao patamar de direito fundamental, pela Emenda Constitucional n.º 45 (no inciso LXXVII do artigo 5.º). Em que pese seja consenso que esse talvez se constitua no grande problema a ser resolvido

⁴⁷ Nesse sentido, faz-se mister mencionar o já citado raciocínio de Mauro Cappelletti, que considera os jurisdicionados como consumidores e, por isso, sujeitos a critérios de igualdade e previsibilidade.

⁴⁸ Sobre esse tema, o excelente artigo “*A Súmula Vinculante e os direitos das crianças e dos adolescentes*”, publicado na edição n.º 32, Ano 5, Maio/Junho de 2.005 do Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

⁴⁹ É o caso dos Estados Unidos, que convive em certa harmonia com a divergência de jurisprudência em seus tribunais.

pelo Direito, com a súmula vinculante nem de longe estaria se operando uma mudança profunda nas estruturas do Poder Judiciário e nas instituições encarregadas de aplicar a justiça, como pede Lenio Streck. De fato, a consequência principal seria uma ligeira diminuição na duração do processo por conta da supressão do recurso extraordinário para discutir aquela questão constitucional que já tem a interpretação vinculada, uma vez que bastará simples Reclamação da parte já no início do processo para que a questão constitucional com interpretação vinculante seja decidida e não mais discutida. Essa conclusão um tanto restrita deve-se à característica muito freqüente de um determinado processo versar sobre diversas questões conjuntamente (claro que o processo que versar apenas sobre aquela questão constitucional já sumulada terá seu fim com o julgamento da Reclamação, mas essa possibilidade será largamente minoritária).

Saindo da seara da viabilidade da súmula vinculante e adentrando na seara da análise do direito comparado, outras conclusões importantes afloram. Com efeito, essa análise não será suficiente se corresponder apenas à citação da lei estrangeira ou então do funcionamento do sistema jurídico estrangeiro. Mais que isso. É preciso uma reflexão crítica acerca do direito estrangeiro e, principalmente, que o analisemos paralelamente ao direito pátrio, para que possamos, então, tirar disso lições que visem ao nosso aprimoramento.

Nesse sentido, a primeira consideração é a de que, tendo em vista os países tradicionalmente pesquisados, as mais variadas semelhanças e diferenças são encontradas quanto ao sistema de precedentes vinculatórios. Em Portugal com os assentos e na Itália com as máximas o sistema é muito semelhante com as súmulas brasileiras atuais, portanto sem força vinculativa. Já na França, tendo em vista a ausência de qualquer tipo de procedimento especial para a uniformização da jurisprudência, não há qualquer tipo de precedente com força vinculativa. Dos mais influentes países do *civil law* apenas a Espanha, com a *doctrina legal*, apresenta um sistema com cunho vinculatório. Elas são instituídas da mesma forma que as nossas súmulas, ou seja, após sucessivas decisões do Supremo sobre uma certa matéria e também há a previsão de um recurso nos moldes da Reclamação para o Supremo, para

que a decisão que tenha supostamente contrariado a *doctrina legal* seja imediatamente reformada. Esse sistema também é usado no México e em Honduras, mas apenas para matérias relativas às liberdades públicas.

Sem embargo dos pontos já analisados, maior importância reveste a conclusão que pode ser retirada dos sistemas do direito inglês e americano, justamente por se tratarem dos adeptos por excelência do *common law*, em que a regra do precedente vinculante tem força gigantesca. No entanto, ao contrário do que costuma se pensar, cada vez mais a regra do precedente vem perdendo força no *common law*, em contrapartida ao aumento da participação das leis e de seu papel. Considerando essa tendência, a principal conclusão que se tira para a utilização das nossas súmulas vinculantes é a de que o seu sistema de aplicação não deve ser completamente fechado, mas sim aberto a exceções, para que assim possa funcionar com a rigorosidade que se pretende. No caso do direito inglês a exceção à regra do precedente é a possibilidade das cortes superiores modificarem as suas próprias decisões e também as decisões das cortes inferiores, além da possibilidade de modificação dos precedentes através da legislação (os denominados *statutes*). Já no direito americano a flexibilização dos precedentes é uma regra mais inerente ao sistema, já que é decorrência do sistema federativo. Além disso, o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais dos Estados não estão vinculados às suas próprias decisões. Portanto, os tribunais americanos acabam por interpretar e aplicar a legislação, mas sempre atentando para os precedentes judiciais que já o fizeram anteriormente.

Assim sendo, a lição que fica é que, seja via legislação (muito provavelmente emendando novamente a Constituição) ou então através da já mencionada sensibilização do Supremo Tribunal Federal, para que a prática das súmulas vinculantes possa ao menos tangenciar os efeitos pretendidos pela Emenda n.º 45, é necessário que comporte algumas exceções. É possível, inclusive, que isso ocorra de maneira natural, pois para casos de alta complexidade é possível que sequer haja pacificação da jurisprudência, porém é imprescindível que certas matérias (como as de Direito de Família, em que certamente muito de subjetivo está envolvido, tendo cada caso a sua especificidade) não sejam objeto de súmula, ao passo que outras, com baixo

grau de complexidade, mas não menos importantes do ponto de vista da finalidade da vinculação, possam ser (como os célebres casos de discussão de competência).

Outra conclusão que advém do presente trabalho diz respeito às recusadas súmulas impeditivas de recurso. A conclusão é simples. Muito embora não se vislumbre a possibilidade das súmulas vinculantes promoverem uma mudança estrutural em nosso processo, a chance de que isso ocorra através das súmulas impeditivas de recurso é ainda menor. Isso porque seria possível ainda a decisão contra a súmula, ou seja, ela só produziria os seus efeitos caso a decisão judicial fosse ao seu encontro. Com efeito, ela ainda padeceria sobre um dos mesmos problemas da súmula vinculante, qual seja o de que a parte sucumbente recorrerá e o recurso será obstado, mas apenas no momento de sua admissibilidade, cabendo recurso dessa decisão que não o admitiria, prolongando então a discussão não sobre o mérito do recurso, mas sobre a sua admissibilidade e adequação ou não à súmula.

No tocante ao impacto propriamente dito das súmulas do processo brasileiro, a premissa da qual se deve partir é a de que é praticamente inexistente o número de julgados que contrariam alguma súmula (não vinculante) já existente, da mesma forma que é seguida a corrente da jurisprudência dominante. Por isso, conclui-se que a súmula vinculante não terá problemas em ser bem aceita pelo nosso Poder Judiciário, nem que isso ocorra por um pretense desejo de diminuição no serviço, isto é, por que se constituirá em um mecanismo para evitar um certo esforço desnecessário, já que o caso sumulado já viria “julgado” previamente. Por isso, considerando que as súmulas atuais, ainda que sem vinculação, praticamente não são contrariadas, é difícil acreditar que a súmula vinculante modificará a estrutura de nosso processo. Em verdade, a única mudança que se vislumbra é a maior agilidade com que a questão constitucional controvertida será decidida, pois tão logo ela se torne controversa em um processo específico o STF mediante Reclamação decidirá com base na súmula vinculante. Por isso, perderão o objeto as posteriores discussões incidentais sobre a adequação do caso à súmula, uma vez que o STF já terá decidido.

9 Referências bibliográficas

ARONNE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, em Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *La Funcion de la Jurisprudencia em el Tiempo Presente*. Conferência pronunciada em Bari, em 20.03.1955.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

_____. *Juízes Legisladores*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

COGLIOLO, Pietro. *Filosofia Del Diritto Privato*. Firenze: G. Barbèra, 1936.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA, Dínio de Santis. *Efeito Vinculante dos Julgados da Corte Suprema e dos Tribunais Superiores*. Revista dos Tribunais n.º 734. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PEREIRA, Tânia da Silva. *A Súmula Vinculante e os direitos das crianças e dos adolescentes*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família nº 32, Maio/Junho de 2005.

PUGGINA, Márcio Oliveira. *A Hermenêutica e a Justiça do Caso Concreto, em Ética, Justiça e Direito, Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Organizadores: Pe. José Ernane Pinheiro, José Geraldo de Sousa Júnior, Melillo Dinis e Plínio Arruda Sampaio. Petrópolis: Vozes, 1996

SESMA, Iturrealde Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Jurisprudência como Fonte do Direito e o Aprimoramento da Magistratura*. Revista Forense vol. 279. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. *Uniformização de Jurisprudência, Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo n. 92. São Paulo: IBDP, 1998.

_____. *Súmula Vinculante: Desastre ou Solução?* Revista de Processo n. 98. São Paulo: IBDP, 2000.