

Nota breve sobre o efeito vinculante

SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA

SUMÁRIO

1. Conceitos preliminares. 2. O que é interpretação. 3. A jurisprudência. 4. O Poder Judiciário. 5. Força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais. 6. Passado e futuro do Supremo Tribunal Federal. 7. Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. 8. Conclusão.

1. CONCEITOS PRELIMINARES

No sistema jurídico brasileiro, a primeira (e, em certo sentido, a única) fonte do direito é a lei.

Lei é preceito geral e abstrato, emanado do órgão constituído, com esse objetivo, pelo povo.

A força obrigatória (por outra: o efeito vinculante) da lei tem fundamento ético e político. Nasce da presunção de que o Poder Legislativo, como representante do povo, elabora as normas mais adequadas (justas) em benefício da integralidade desse povo. A lei, modernamente, não obriga porque provém da autoridade, mas porque a autoridade provém da lei.

Ocorrendo o fato previsto abstratamente na lei, ela incide automaticamente. Entretanto, pode acontecer de não ser obedecido o preceito, caso em que os prejudicados, os interessados, ou os encarregados de guardá-lo podem exigir seu cumprimento.

É o Poder Judiciário que, provocado, realiza a mediação entre o preceito abstrato da lei e sua aplicação ao caso concreto, na hipótese de descumprimento, divergência, ou conflito.

Essa não é uma tarefa automática. A sentença não é um produto mecânico da lei. Ao desempenhar sua função, precisa o Judiciário:

a) distinguir, dentre as leis existentes, qual ou quais contemplam, abstratamente, aquele fato determinado; ou seja, identificar a lei que incidiu;

b) examinar o fato concreto, para verificar se ele corresponde, efetivamente, àquela determinada previsão legal;

c) avaliar o exato sentido e alcance da lei em face daquele fato concreto (ou seja, interpretar a lei).

2. O QUE É INTERPRETAÇÃO

Segundo uma opinião ingênua, a lei prescinde de interpretação. A apreensão do seu sentido (sua compreensão) seria imediata.

Uma *nuance* algo mais elaborada dessa opinião ingênua afirma que *in claris cessat interpretatio*: sendo claro o texto da lei, dispensaria interpretação. Entretanto, como saber se algo é claro? A afirmação de que um texto é claro supõe sua interpretação (sua compreensão), dentro do respectivo contexto. Aplicar a lei é aplicar todo o direito, o qual, segundo Pontes de Miranda, “é mais do que a lei”. Diríamos: na lei, mais do que a lei em si mesma, está todo o direito.

Esse equívoco sobre a prescindibilidade da interpretação contém pressupostos e projeções ideológicos. Justiniano quis impedir todo comentário ao seu *corpus juris*, e o mesmo pretendeu Napoleão com respeito ao seu Código Civil; a lei portuguesa de 18 de agosto de 1769, sob o nome de “boa razão”, estabelecia limites à opinião dos doutores, e o código prussiano de 1794 proibiu aos juizes a interpretação. As compleições autoritárias acreditam ser possível moldar o tempo, constringendo-o nos limites estreitos de seus enunciados de vontade; buscam a identificação entre a lei física (que incide sempre, independentemente de aplicação) e a norma jurídica. A ser assim, a norma se transformaria em mandado; os cidadãos em súditos; e o homem em robô. Porque, mesmo na obediência a uma ordem, existe a mediação da legalidade, da consciência e da liberdade.

“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”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1993, p. 22).

Por isso, onde se instituiu um Poder Judiciário independente do Executivo, não prosperaram as tentativas, deste, de cons-

tranger a liberdade interpretativa, mesmo que fosse através de medidas relativamente suaves, como regras de interpretação incorporadas aos textos legais – também sujeitas a interpretação – ou a edição de leis interpretativas.

“Nem a regra é jamais tão inequívoca e exatamente precisa, que não fossem possíveis dúvidas sobre sua aplicabilidade a este ou aquele caso determinado” – diz Karl Larenz – “nem existe na lei (ou no *corpus juris*), a par de cada caso que acontece, uma regra que lhe possa fazer jus. Sabemos o que faz o juiz, em tais casos: interpreta a regra, restringindo-a ou estendendo-a; encontra uma nova regra, que resulta do nexo de sentido da ordem jurídica, das idéias básicas da lei ou de uma decisão precedente, dos critérios de valor já reconhecidos na ordem jurídica ou na consciência geral”. (*Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fund. C. Gulbenkian, 1969).

3. A JURISPRUDÊNCIA

Daí que, a par do ordenamento jurídico considerado em si mesmo (o conjunto das normas jurídicas), vai-se formando um outro corpo, contendo o repertório das decisões judiciais proferidas com base nesse ordenamento.

Cada uma dessas decisões costuma ser resumida numa ementa, que é, tal como a lei, também um enunciado geral e abstrato, apenas com um nível de generalidade inferior, pois referido a um caso particular de abrangência da lei, um subconjunto do conjunto abrangido hipoteticamente pela lei.

No sistema jurídico brasileiro, à parte algumas exceções¹, as decisões judiciais não possuem força obrigatória (ou efeito vinculante) a não ser com relação às partes envolvidas no processo. Seu efeito não é universal, ou em relação a todos (*erga omnes*), como acontece com a lei. Assim, um juiz pode recusar a interpretação dada à lei, em outro processo, por outro juiz ou tribunal, mesmo que se trate do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, é grande o prestígio das decisões dos tribunais, que costumam ser acompanhadas pelas instâncias inferiores, seja pela sua natural autoridade – sobretudo quando reiteradas –, seja porque todas as decisões das instâncias inferiores são reformáveis, mediante recurso, pelas superiores.

¹ Merecem exame separado a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e as ações coletivas.

A jurisprudência é um produto coletivo. Toda lei nova é como um sapato novo que se vai amoldando ao pé através das variadas interpretações – disparatadas umas, parciais outras – que recebe. Esse é um processo de descoberta através do qual, em cotejo com a multiplicidade dos fatos, vai-se desdobrando a potencialidade normativa da lei, alcança uma certa sedimentação, e tenderia à cristalização, não fosse a inteligência da lei tão mutável quanto a própria realidade.

O enunciado legal em sua rigidez, a flexibilidade de suas infinitas aplicações e a condensação através dos enunciados jurisprudenciais compõem um sistema em que as exigências da liberdade individual se harmonizam com a função decisional do direito.

Somente em sentido formal se pode dizer que a lei existe a partir de sua promulgação. É no jogo social, nesse processo cultural de construção, que ela adquire vida.

Parece correta a asserção de Gadamer:

“Todo juízo sobre algo pensado em sua individualidade concreta – que é o que exigem de nós as situações de atuação em que nos encontramos – é em sentido estrito um juízo sobre um caso especial. Isso significa que o julgamento do caso não aplica meramente o parâmetro geral, segundo aquele que julga, mas que contribui por si mesmo para determinar, completar e corrigir aquele parâmetro”. (*Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sígueme, 1993, p. 72).

A jurisprudência não é, pois, a decisão isolada de um tribunal: é uma espécie de consolidação do saber difuso, um certo consenso interpretativo, progressivo e inacabado do ordenamento.

4. O PODER JUDICIÁRIO

“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, é o que diz a Constituição brasileira (art. 1º, parágrafo único).

Se os juizes não são eleitos, de onde advém sua legitimidade?

O princípio da maioria é tributo que pagamos à nossa imperfeição; mas entre a edição da lei (produto procedimentado da maioria) e sua aplicação ao caso concreto na hipótese de descumprimento medeia a intervenção aristocrática do Judiciário.

O Judiciário não representa o povo. Resulta de uma concepção ideal: a de que, não estando

ligado a nenhum interesse, ser-lhe-á mais fácil aplicar imparcialmente a lei, segundo os critérios da justiça.

São pois diversos os princípios que presidem à gênese desses dois poderes, que acabam se conjugando no processo de criação do direito. O Legislativo, guardadas suas limitações constitucionais, atua segundo interesses e critérios políticos, ou seja, com uma quase absoluta discricionariedade. O juiz, ao decidir, está vinculado à norma elaborada pelo Legislativo. É dessa subordinação que nasce sua legitimidade formal. Bem se aperceberam disso países da *common law*; ali, os juizes têm poder discricionário, que lhes permite, ao decidir, criar a própria norma. Mas, em regra, são eleitos pelo povo.

Impossível haver Judiciário genuíno que não seja independente. O magistrado, qualquer que seja o seu grau, não é funcionário público, mas agente político, que no exercício da função jurisdicional age subordinado apenas à lei. Inexiste subordinação entre o juiz de primeira instância e o tribunal a que esteja administrativamente vinculado. A expressão “tribunal superior” se explica apenas processualmente, na medida em que lhe cabe apreciar recursos interpostos contra decisão do “tribunal inferior”. Mas não pode, aquele, interferir previamente no desempenho jurisdicional deste, a não ser pelo poder persuasivo de sua jurisprudência.

Dessa independência, e dos valores que visa defender, decorrem as chamadas garantias da magistratura, prerrogativas postas a serviço do jurisdicionado. O juiz não pode ser removido, contra sua vontade, do posto onde se encontra. No Estado democrático de direito não há juiz *ad hoc*, ou tribunal de exceção (v. *Constituição da República*, art. 5º, XXXVII). Quem decide os pleitos não é um delegado do poder, mas um “juiz natural”, previamente situado segundo as normas de competência e de organização judiciária; a impessoalidade do juiz natural reflete o caráter abstrato da lei, na busca da isonomia.

O juiz não atua *ex officio* (sem ser provocado), nem pode escolher as causas que vai julgar; em suma: não pode arrastar o cidadão à sua jurisdição. Julga apenas as causas que lhe são distribuídas, segundo as normas prévias e gerais de competência e de organização judiciária. A garantia do juiz natural impede que se estabeleça, entre o magistrado e o cidadão, um vínculo invisível de arbítrio.

5. FORÇA OBRIGATÓRIA (EFEITO VINCULANTE) DAS DECISÕES JUDICIAIS

A coisa julgada, proclama um velho ditado, faz do branco preto e do quadrado redondo. Os profissionais do direito têm a consciência de que as decisões judiciais podem violentar a realidade. Sabem também, entretanto, que as controvérsias não se podem perpetuar: é preciso pôr-lhes um termo, em determinado momento, mediante uma decisão irrecorrível.

Os efeitos dessa decisão, porém, são circunscritos àqueles que puderam expor suas razões em juízo, fazer provas, debater o direito e os fatos, e recorrer das decisões contrárias.

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição da República, art. 5º, LV).

É impossível, em face desse direito fundamental, proferir-se decisão judicial cuja execução alcance quem não foi litigante, quem não teve a oportunidade de defender-se, fazer prova, expor suas razões, discutir o fato e o direito.

A força obrigatória (efeito vinculante) das decisões judiciais, o alcance executório da coisa julgada, restringe-se portanto aos que foram parte no respectivo processo. Mesmo porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição da República, art. 5º, XXXV).

Já ocorreu, porém, a experiência de se conceder, às decisões dos tribunais, um outro tipo de efeito vinculante, equivalente ao da força obrigatória da lei.

É, por exemplo, o que faziam em Portugal os “assentos” da Casa da Suplicação, conforme disposição das Ordenações Manuelinas e das Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil mesmo após a independência. O Decreto nº 2.684, de 23.10.1875, dava força de lei, no Império, aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros (v. RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Jacintho Ribeiro dos Santos, 3. ed. 1915, p. 104, 303 e 305). O Decreto nº 6.142, de 10.3.1876, regulava o modo pelo qual deviam ser tomados os assentos do Supremo Tribunal de Justiça.

Os assentos persistem hoje em Portugal, fixados ao cabo de procedimentos para uniformização da jurisprudência. José de Oliveira Ascensão (*O Direito - Introdução e teoria*

geral, 7. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 306) considera também como “fontes do direito em Portugal os acórdãos com força obrigatória geral. Em três lugares são estes previstos pela Constituição: no art. 281-1-a, referente à fiscalização abstrata da inconstitucionalidade ou da ilegalidade pelo Tribunal Constitucional; no art. 281-3, referente à mesma matéria, mas agora no pressuposto de uma mesma norma ter sido já declarada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos; e o art. 122-1-g, que a todos ultrapassa em generalidade, ao mandar publicar no jornal oficial as decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral”.

Para Canotilho, “os assentos autenticamente interpretativos das normas legais são hoje inconstitucionais, porque são verdadeira *legislatio*, violando o princípio da tipicidade das leis” (*Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1986, p. 727). O Professor A. Castanheira Neves dedicou, a essa matéria, uma obra primorosa – *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais* (Coimbra Edit., 1983). Sustenta, aí, que os assentos possuem as notas materiais e formais das disposições legislativas (p. 398), sendo anômala, e contrária a princípios constitucionais, essa função do Supremo Tribunal Federal (p. 407). Isso defluiu, em parte, da exigência da “não-politização da Justiça, como condição capital do Estado de direito e para que os tribunais possam ser o jurídico ‘contrapoder do político’”. Tem pois decerto razão Arndt (*Gesetzrecht und Richterrecht*) quando afirma que a ‘legislação judicial’ mais não é afinal do que arbítrio” (p. 619).

Houve duas tentativas frustradas de ressuscitar a figura dos assentos no Brasil. A primeira, com o anteprojeto de uma Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, elaborado por Haroldo Valladão em 1961², e a segunda, em 1964, com o anteprojeto de Código de Processo Civil redigido por Alfredo Buzaid.³

Vítor Nunes Leal refere-se a essas tentativas, e as repele, ao justificar a criação da

² “Art. 7º - O Supremo Tribunal Federal, no exercício das atribuições que lhe confere o art. 101, III, d, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta (Constituição Federal, art. 200), torna-la-á pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em Resolução que os tribunais e os juízes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente”.

³ Arts. 516 a 520: possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer dos tribunais de justiça,

Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O método que o Supremo Tribunal Federal incorporou na Súmula – para documentar, de modo formal, e simplificar seus julgamentos – refletia uma posição equilibrada, isto é, sem qualquer excesso. Como tive ocasião de observar, de público, em Belo Horizonte, em 12.8.64, a Súmula realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência (...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Devirão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.” (Passado e futuro da Súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, 145/10).

Essa posição de Vítor Nunes Leal é lembrada no acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em 19.2.92 o pedido de medida cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade nº 594 (RTJ 151/20), principalmente nos votos dos eminentes Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence. A propósito da natureza da Súmula, discorreu-se nesse acórdão sobre o efeito vinculante das decisões judiciais, seja na forma de assentos, de prejulgados, ou de representações interpretativas. O primeiro desses Ministros enfatiza:

“A Súmula, que não obriga e que, por isso, não é ato normativo, realiza o ideal do meio-termo acima indicado, que o seu criador imaginou”;

e refere passagem da já mencionada conferência proferida em Belo Horizonte:

em processo para uniformização de jurisprudência, possam fixar a interpretação da norma jurídica, baixando em seguida assento, com força de lei a contar de 45 dias após sua publicação.

“Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo viável; a vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito”.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, lembra que, na República,

“o primeiro texto positivo a emprestar força normativa geral à interpretação judicial da lei foi o do art. 902, § 1º, da CLT, que fazia compulsório para os Tribunais Regionais e as Juntas o respeito aos prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho. Significativamente, a norma fora editada sob a Carta do Estado Novo, infensa à ortodoxia do dogma da separação dos Poderes e ao corolário da indelegabilidade da competência de um a outro deles”.

E acrescenta:

“O momento mais inequívoco de outorga de força normativa a uma decisão judiciária ocorreu, no entanto, por via da outorgada Emenda Constitucional nº 7/77, com o instituto da representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para interpretação em tese de leis ou atos normativos federais ou estaduais. Cuidava-se – pode afirmar certa feita (Proc. PGR 2.460/87, em Parecer do Procurador-Geral da República, 1985-1987, ed. 1988, p. 547) – de medida através da qual, rompendo as linhas demarcatórias da distinção entre as funções estatais, confia-se ao Supremo Tribunal Federal tarefa que, substancialmente, é menos de jurisdição do que legislativa (...), nela não se concretiza, como é próprio da sentença judicial, a norma individual de um caso concreto, mas norma geral – seja, embora, a título de interpretação de disposição legal preexistente – para reger compulsoriamente a solução de casos futuros, vinculando à sua observância (...) todos os demais órgãos da jurisdição”.

O princípio da separação dos poderes (Constituição de 1988, art. 2º, art. 60-§ 4º-III; Ordenação de 1967-1969, art. 6º, art. 10-VIII-c) reclama um aprofundamento doutrinário. É perigoso para a democracia que sua aplicação permaneça, como até aqui, ao sabor das subjetividades, bem como das tendências hegemônicas de um ou outro dos poderes. Três exemplos dessas tendências:

a) É inconstitucional, em face do princípio da separação, harmonia e independência dos poderes, a prática das medidas provisórias, que usurpa competência constitucional do Legislativo e o subordina ao Executivo. Como o Judiciário não julga práticas, mas tópicos – elementos das práticas – deveria ter fechado a porta pela qual se insinua essa prática: a reiteração abusiva da medida provisória. Como reclamar depois que a Constituição é analítica, se o Judiciário não tem a coragem de dar vida aos seus princípios.

b) O que parece minúcia incabível em texto constitucional (os tribunais devem observar, na redação de seus regimentos, as normas de processo e garantias processuais das partes – art. 96-I-a) precisou ser ali colocado em face da incontinência do Judiciário.

c) O elastério ilícito da imunidade parlamentar (Constituição da República, art. 53) mediante lei concessiva de anistia, por crime eleitoral, a membros do próprio Legislativo.

Entretanto – não obstante os argumentos em contrário, entre eles o de Castanheira Neves na obra acima referida –, não me parece haver invasão de competência normativa originária quando o Judiciário explicita norma legal, ainda que o enunciado explicitador ganhe força obrigatória. Parece clara a analogia com os regulamentos, feitos pelo Executivo “para fiel execução das leis” e que possuem força obrigatória geral. Aliás, isso já é, em parte, o que acontece hoje no controle difuso de constitucionalidade, com o concurso do Senado (v. Constituição da República, art. 52-X).

Assim, para justificar a concessão, às decisões de nossos tribunais, de força obrigatória geral (efeito vinculante), é desnecessário aludir ao sistema dos precedentes (*stare decisis*), vigente nos países de *common law*. Aí, as decisões judiciais baseiam-se em decisões judiciais anteriores. Para conhecer e praticar o direito norte-americano, por exemplo, é necessário – antes de conhecer normas, como aqui – conhecer a infinidade de decisões tomadas nos casos paradigmáticos (*leading cases*).

Não foi à toa que o juiz Holmes proferiu sua frase célebre: “as predições de que os tribunais farão efetivamente é o que eu chamo direito”. O sistema de precedentes, de visibilidade e certeza mínimas, é uma teia de arabescos técnicos que torna impossível o conhecimento do direito pelo leigo e alarga a faixa de imprevisibilidade das decisões.

A produção judicial do direito – observada sob o ponto de vista evolutivo – corresponde à fase histórica da democracia direta, ou da república popular. Em Roma, o termo “magistrado” se aplicava à autoridade administrativa eleita pelo povo e encarregada também de aplicar a lei. Foi o Império que trouxe as codificações, o enrijecimento das estruturas, o sistema de dizer o direito, no caso concreto, a partir do *dictum* autoritário.

Hoje, nos países de *common law*, nota-se movimentação semelhante, na direção do sistema da fonte legal. É cada vez maior, aí, a importância do *statutory law*, e busca-se mesmo, para o direito, uma *statutory basis*.

Seria difícil afirmar, peremptoriamente, que o sistema dos precedentes seja regressivo com relação ao sistema da fonte legal e que seu movimento na direção deste obedece a uma lei social de evolução do direito, atuando já agora no contexto da sociedade de massas, e segundo os parâmetros do constitucionalismo, que busca reconciliar o direito com a democracia.

O importante, agora, parece assinalar que as diferenças substanciais entre o nosso e aquele sistema inibem o implante, aqui, da decisão judicial originariamente normativa; e registrar que as mudanças observadas no sistema dos precedentes talvez decorram, em grande parte, das mesmas forças que atuam hoje, no Brasil, em favor do efeito vinculante: as forças concentradoras do poder.

Pois o resultado do efeito vinculante seria a concentração de poder nas cúpulas, ao invés de sua difusão por todo o corpo judiciário.

6. PASSADO E FUTURO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 12 de agosto de 1964, falando aos rotarianos mineiros, o Ministro Vítor Nunes Leal queixava-se da pletera de processos no Supremo Tribunal Federal, cerca de 7.000 decisões por ano:

“podemos ter uma idéia do aumento do serviço quando observamos que, em 1950, foram julgados 3.511” (Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista de Direito Processual Civil*, 5/71, Saraiva, 1966).

Objetivando um sistema de “liberdade garantida”, e não de “liberdade tolerada”, instalava o eixo da reflexão sobre o futuro da Corte Suprema:

“Antes de se pensar em reduzir a nossa competência, devemos esgotar as possibilidades de organizar, adequadamente, o nosso trabalho”.

Referindo-se ao poder de que dispõe a Suprema Corte norte-americana, de só julgar os casos que entenda relevantes, apresentava uma outra fórmula, mais adequada à nossa realidade:

“Não temos a prerrogativa de escolher os casos de relevância jurídica, mas poderíamos alcançar, indiretamente, resultados comparáveis. Bastaria simplificar o exame dos processos rotineiros, não mediante vaga alusão à nossa jurisprudência, mas com precisa indicação dos precedentes em que a matéria foi mais amplamente apreciada. (...) Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito.”

Esse objetivo alcançou-se com a edição, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, a partir de 13.12.63, das súmulas de sua jurisprudência, enunciados sintetizando as decisões em casos semelhantes e que poderiam ser cancelados ou revistos pelo próprio plenário (v. arts. 102 e 103 do Regimento Interno do STF). Até hoje foram editadas 621 súmulas, das quais vieram a ser canceladas 6, e revogadas formalmente 4, embora muitas tenham sido revogadas pela legislação superveniente, e várias superadas pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a partir de sua criação (1988) passou a apreciar matéria anteriormente entregue à competência do Supremo.

Decorridos alguns anos, entretanto, e em pleno ciclo autoritário, o Supremo enveredaria por caminho que repugnava ao criador da Súmula.

A Emenda Constitucional nº 1/69 – Carta outorgada por junta militar – permitiu-lhe indicar, em seu Regimento Interno, as causas que escolhesse admitir pela via do recurso extraordinário, conforme sua natureza, espécie ou valor pecuniário.

“Vem então” – relata o Ministro Sepúlveda Pertence (Competência recursal do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Público*, 93/188, jan./mar. 1990) – “a longa história das restrições regimentais, das várias emendas regimentais, que mudam a técnica, começam com rol de exclusão de causas, pela natureza, pelo seu valor – este um capítulo realmente lamentável na história do Tribunal em matéria de recurso extraordinário, onde o relevo é a tese: selecionar as causas pelo seu valor, que não funciona sequer como

forma de seleção econômica, porque muitas vezes a causa de pequeno valor é causa de grande valor econômico”.

A Emenda Constitucional nº 7, de abril de 1977, acrescentou àquelas notas do art. 119 parágrafo único da Carta (natureza, espécie, valor pecuniário) a “relevância da questão federal”.

Essa Emenda Constitucional nº 7, institucionalizando uma reforma do Judiciário inspirada em trabalho de uma comissão especial de ministros do Supremo Tribunal Federal (os Ministros Thompson Flores, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmin), foi o famigerado *pacote de abril*, para cuja edição, pelo General Geisel, foi necessário fechar o Congresso.

Nascia a partir daí a *arguição de relevância*, um procedimento paralelo ao recurso extraordinário, objetivando sua admissão. Para apreciar as arguições de relevância, reunia-se o Conselho do STF em sessão secreta.

O grande advogado Theotônio Negrão, devoto da minúcia, teve a pachorra de radiografar a sessão do Conselho do STF no dia 12.8.87:

“começou às 17:30 e ‘julgou’ 419 arguições de relevância. Se a sessão terminou às 19 horas e não teve interrupção, cada arguição foi, em média, julgada em 12 segundos e 88 centésimos de segundo. Experimente ler o número da arguição, o nome do relator e as partes; ... fiz a experiência, cronometrando: deu 9 segundos e 8 décimos”.

A arguição de relevância nasceu no mesmo berço de dois outros instrumentos autoritários: a advocatória e a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Mediante a advocatória, entregava-se ao Supremo a faculdade de atrair, para seu julgamento, causas processadas perante quaisquer juízes ou tribunais. De um só jato, feria-se a independência da magistratura, o princípio do juiz natural e a garantia dos jurisdicionados. O pacote de abril transformava o Supremo em tribunal de exceção, que para prevenir “imediate perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas”, e a pedido do Procurador-Geral da República, poderia suspender os efeitos de qualquer decisão judicial proferida no país e avocar o respectivo processo. Consagrava-se, com essa medida, a completa subversão do sistema judiciário brasileiro.

Quanto à *representação interpretativa*, a emenda regimental nº 7 (DJU de 28.8.78) traçasse os contornos e a finalidade. Veja-se seu art. 9º:

“A partir da data da publicação da ementa do acórdão no *Diário Oficial da União*, a interpretação nele fixada terá força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”.

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 7, de abril de 1977, combinada com a Emenda nº 7, de agosto de 1978, ao regimento interno do STF, passaram a ter efeito vinculante às decisões dessa Corte, proferidas em processos de natureza não-contenciosa (sem partes, contraditório, ou defesa), iniciados mediante representação do Procurador-Geral da República.

“A eficácia que a Corte, no primitivo tratamento regimental do instituto, emprestou à solução da representação interpretativa foi inequivocamente a de um ato normativo geral, e não o de uma decisão judicial ou de uma simples súmula de sua jurisprudência preexistente”. (Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ151/35).

Já a Constituição de 1988 foi sábia. Ao invés de manter essas medidas, restritivas do acesso à jurisdição e do controle difuso da constitucionalidade, praticamente bipartiu o Supremo Tribunal Federal. Criou a seu lado o Superior Tribunal de Justiça, com no mínimo trinta e três ministros, a quem entregou grande parte da anterior competência do Supremo; este ficou transformado – ou pelo menos posto no caminho de se transformar – numa Corte Constitucional, destinada a exercer apenas o controle de constitucionalidade, seja ao modo concentrado (mediante a ação direta de inconstitucionalidade), seja ao modo difuso (através do recurso extraordinário).

Num primeiro momento, após a Constituição de 1988, caiu o número de processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal (de 18.674, em 1988, para 6.622, em 1989). Isso, certamente, devido à indefinição das novas regras e ao desvio de parte de sua competência para o Superior Tribunal de Justiça. Mas voltou a subir, em seguida: 16.777 em 1990, 19.349 em 1991, 27.656 em 1992, 27.205 em 1993, 25.813 em 1994. Em entrevista publicada na *Folha de São Paulo*, em 11.9.94, o Ministro Sepúlveda Pertence explicava esse fenômeno:

“A abertura para as demandas coletivas e a amplitude do controle direto da constitucionalidade das leis despertaram uma grande esperança e praticamente uma descoberta do Judiciário, como

agente não apenas de decisão dos interesses clássicos, mas de demandas coletivas e conflitos políticos. Mas veio a fase do refluxo, quando se percebeu que a máquina era incapaz de atender à explosão da demanda”.

A alternativa que se põe, assim, parece estar entre reprimir a demanda (crescente devido à abertura democrática) ou reformar a máquina. A escolha está entre o sistema de *liberdade garantida*, preconizado pelo Ministro Vítor Nunes Leal, e o sistema da liberdade meramente tolerada.

Se preferirmos reformar a máquina, a primeira intervenção consiste em transferir, para o Superior Tribunal de Justiça (cuja composição é de no mínimo trinta e três ministros) matéria de natureza extraconstitucional ou não estritamente constitucional, que restou na competência do Supremo. Assim, por exemplo, toda ela, ou boa parte da referida nos arts. 101-I-g, h e i, e 102-II- a da Constituição. Em estudo publicado na *Revista de Direito Administrativo* (183/2, jan./mar. 1991), queixava-se o Ministro Luiz Octavio Gallotti:

“A atribuição da competência originária para o julgamento de *habeas corpus* (art. 102-I-i da Constituição) quando o coator seja tribunal diretamente sujeito à sua jurisdição – e esta categoria compreende, além dos tribunais superiores, todos os regionais federais, bem como os estaduais de justiça, de alçada e de justiça militar – ocupa hoje, em média, quase duas horas do tempo das sessões de cada uma das Turmas. Foram em número de 349 os pedidos de *habeas corpus* julgados, no primeiro semestre de 1991, pelo Supremo Tribunal. Consiste, assim, em considerável desvio da missão precípua de controle constitucional”.

Em 1993, o STF recebeu cerca de 1.000 ações desse tipo.

“Os ministros propõem que os recursos só cheguem ao STF nas hipóteses em que o réu for derrotado no STJ” (*Folha de São Paulo*, 2.1.94).

A segunda e maior intervenção consiste na criação das *súmulas administrativas*, simétricas às súmulas do STF.

Parte considerável (de 70% a 80% ou mais) dos processos julgados pelos nossos tribunais superiores e pelos tribunais regionais federais envolvem interesse do poder público e, em dose maior, da União.

Pode-se afirmar sem receio de erro que hoje, no Brasil, é o próprio Estado que entope os tribunais. Isso decorre de certas anomalias costumeiras no exercício da função pública (a indústria da inconstitucionalidade, o calote institucionalizado) e de alguns fatores justificáveis, como a indisponibilidade do interesse público em juízo, que impede a realização de acordo e obriga a Administração a utilizar todos os recursos possíveis. Daí advém a repetitividade inócua da maior parte desses recursos – de que tanto se queixa, com razão, a magistratura – assim como os dilemas de consciência que afligem advogados da União e procuradores autárquicos, especialmente do INSS, obrigados a interpor recursos meramente protelatórios, retardando o pagamento, pelo Estado, de prestações de natureza alimentar.

A existência das súmulas do STF dissuade particulares de recorrerem, mas não tem a mesma eficiência com respeito à atuação do Estado em Juízo.

Recentemente, o Ministro da Previdência e Assistência Social baixou a Portaria nº 2.054, de 22.5.95, determinando à sua Procuradoria Geral que desista de todos os recursos pendentes em que se esteja discutindo exclusivamente matéria de direito relativa à interpretação dos §§ 5º e 6º do art. 201 da Constituição, a cujo respeito o Supremo firmou interpretação reiterada e unânime.

Na mesma linha o Decreto presidencial nº 1.601, de 23.8.95, com duplo objetivo: a) dispensando a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de interpor recurso quando a decisão versar, no mérito, sobre determinadas matérias, que enumera; b) autorizando o Procurador-Geral da Fazenda Nacional a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro da Fazenda, outras matérias em relação às quais é de ser dispensada a interposição de recursos, em face da jurisprudência reiterada e uniforme do STF e do STJ.

Uma terceira intervenção possível – esta independentemente de se revogar o disposto na alínea *p* do art. 102-I da Constituição – consistiria em se evitar apreciar pedidos de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, apreciando-se desde logo o mérito.

A adoção dessas providências tornaria dispensável outra intervenção, consistente no aumento do número de ministros do Supremo Tribunal Federal, que, não obstante algumas desvantagens, talvez se torne necessária no futuro.

7. EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É possível visualizar, desde já, alguns dos resultados, caso se prefira a alternativa da *liberdade tolerada*, mediante a repressão da demanda através da força obrigatória de algumas das decisões do Supremo, nos casos e ao modo que venha a ser especificado:

a) As decisões em matéria constitucional – portanto interpretativas da Constituição – não terão força de lei ordinária, mas força de norma constitucional.

b) Causas decididas em única ou última instância de modo contrário à Constituição admitem hoje recurso extraordinário. O mesmo virá a acontecer (admissibilidade de recurso extraordinário) nas causas cuja decisão contrarie a norma judicial-constitucional.

Entretanto, do mesmo modo como a existência da Constituição não evita, de *per si*, decisões que lhe sejam contrárias, a existência de normas judiciais-constitucionais não evitará, de *per si*, que juízes decidam contra elas, o que provocará recursos interpostos contra essas decisões.

Ao estudar o significado dos precedentes para a interpretação do Direito, diz Larenz:

“O juiz está na nossa ordem jurídica vinculado às leis e ao direito consuetudinário, mas é livre na interpretação da lei e no desenvolvimento do Direito conforme ao seu sentido. Nessa tarefa só tem de seguir a sua própria convicção, formada conscienciosamente. Daí resulta que o que pode ‘vinculá-lo’ não é o precedente enquanto tal, mas sim e só a interpretação ou concretização ‘correta’ da norma, que nele porventura se exprima. Se a interpretação ou concretização da lei contida no precedente é correta, porém, é ponto que cada juiz há de, em princípio, decidir por si próprio e em cada novo caso, visto que o precedente não lhe pode tirar a responsabilidade pela correção da sua decisão. O juiz não tem pois apenas o direito, está até obrigado a divergir de um precedente, sempre que chegue à convicção de que ele traduz uma incorreta interpretação ou desenvolvimento da lei, ou de que a questão, então corretamente resolvida, deve hoje – mercê de uma mudança de significado da norma ou de uma alteração fundamental das circunstâncias relevantes para a sua interpretação – ser resolvida de outro modo.”

O chamado *efeito vinculante*, portanto, do ponto de vista processual, não faz mais do que fazem hoje as súmulas: restringe o universo interpretativo aberto às partes e juízes, que ficam referenciados por aquela interpretação superior e prévia. A diferença praticamente relevante entre a súmula e o efeito vinculante reside, pois, no caráter político deste.

O efeito vinculante funciona plenamente – como bem se tinham apercebido os autores do pacote de abril – quando acoplado à advocatária. Esta sinaliza previamente a todo o corpo da magistratura: o juiz divergente poderá ser privado da sua jurisdição. Completa-se assim o cerco mecânico do Judiciário, em que todo o corpo se transforma em obediente instrumento da cúpula.

Durante a XII Conferência Nacional da OAB, realizada em Porto Alegre em outubro de 1988, o dr. Roberto A. O. Santos advertia:

“O problema político consistirá em que, para a defesa e execução da nova Carta, estamos mantendo um modelo de organização do Judiciário que funcionou adequadamente no regime anterior, de Estado autocrático e prepotente, que obtinha fácil apoio na Justiça (e no Congresso) para usurpar esferas de poder que a sociedade não lhe conferira. Como tal modelo não é neutro em relação a seus resultados, teme-se que as instituições judiciárias de novo se tornem palco de capitulações políticas decisivas, que resultem na inviabilização da democracia no país”. (Burocracia judiciária e democracia. *Anais da XII Conferência da OAB*).

No dia 25 de janeiro de 1995, a *Folha de São Paulo* publicava artigo do Ministro da Justiça, Nelson Jobim, propondo a adoção, a par do “efeito vinculante de todas as decisões do STF em matéria constitucional”, de uma outra “inovação”, o “incidente de inconstitucionalidade, que permitirá provocar o STF de forma qualificada sobre tema constitucional, quando se configurar controvérsia relevante nas instâncias ordinárias e houver perigo de grave lesão à ordem ou à segurança públicas”.

Segundo nossa experiência judiciária, haveria perigo de grave lesão à ordem (e às finanças públicas, nos termos do pacote de abril) numa decisão que concedesse 147% de reajuste a aposentados, ou que forrasse alguém contra o confisco de sua poupança.

O fato é que, se adotadas essas duas providências – e dado que a *representação*

interpretativa foi recriada pela Emenda Constitucional nº 3 na forma da modernosa ação declaratória de constitucionalidade –, teríamos restaurado o tripé de abril. Porque o bonito nome *incidente de inconstitucionalidade* encobre nada mais nada menos que a advocatária.

A advocatária é instrumento de Direito Administrativo. Com ela, a autoridade competente pode saltar etapas do processo administrativo, chamando desde logo para si matéria que dependesse de diligência, parecer ou decisão de um subordinado. Condição da advocatária, como se vê, é que exista subordinação hierárquica entre quem avoca e aquele em cuja alçada esteja a questão.

Com o pacote de abril de 1977, o general Geisel incumbiu ao Supremo Tribunal Federal o julgamento das “causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido”.

Mesmo no contexto de uma Carta outorgada, essa advocatária judicial tinha contornos estranhos, ofensivos a princípios cardeais da administração da justiça. O Poder Judiciário é exercido por juízes singulares e por tribunais. Mas, à parte os casos de competência originária destes, exerce-se propriamente pelos juízes. O juiz é agente político no qual se concentra a soberania: entre ele e tribunal de sua circunscrição inexistente subordinação ou vínculo hierárquico. E como, de regra, as partes não são obrigadas a recorrer, pode-se dizer que no juiz singular reside a garantia constitucional da prestação jurisdicional. A possibilidade de recorrer, levando seu pleito a um tribunal, é reforço dessa garantia, que os tribunais exercem subsidiariamente. No juiz singular, a cuja presença comparecem as partes, diante do qual se produzem as provas e se deduzem as razões dos litigantes, é que o Estado democrático de direito, segundo a ordem constitucional brasileira, depositou a garantia de conhecimento do litígio e realização do direito material. Normalmente, o litígio pode extinguir-se na primeira instância, ou perante o tribunal competente para julgar o respectivo recurso. Qualquer recurso ulterior é recurso extraordinário, de tal sorte que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao apreciá-lo, têm em conta menos o direito subjetivo das partes do que a custódia do ordenamento jurídico.

Estes os pontos em que a advocatária agride princípios estruturais da administração da justiça: primeiro, subtrai competência ao juiz singular, agente político independente; desse ponto de vista a advocatária é medida excepcional. Segundo, subtrai ao cidadão o direito de ser julgado pelo juiz natural, no juízo de sua circunscrição, onde em regra tem domicílio, acesso à defesa e às provas; subtrai também a esse cidadão o direito ao duplo grau de jurisdição, isto é, o direito de ver a decisão do juiz singular contrastada por outro órgão judicial; sob esse aspecto a advocatária é anômala. Terceiro, ela entrega imediatamente o conhecimento do litígio a uma Corte habituada a decidir apenas sobre direito em tese e a julgar somente nos estritos limites de recurso extraordinário; sob esse ponto de vista a advocatária é totalitária, pois entrega ao imperial advogado uma competência universal, que não está incluída previamente em nenhum dos ítems da sua competência material comum (veja-se a enumeração da competência do STF no art. 102 da Constituição da República). Por último, a advocatária ofende ao princípio da racionalidade objetiva; em nosso sistema judiciário, apenas o jurado, no júri popular, está dispensado de fornecer as razões de seu veredito; elas podem, assim, ser de ordem puramente subjetiva. Fora daí, qualquer juiz ou tribunal, em nosso sistema judiciário, deve revelar as razões de sua decisão, motivadamente, segundo a ordem de consequência legal. Ainda quando as circunstâncias que indicam “imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas” fossem mensuráveis objetivamente, e segundo normas pré-estabelecidas, obviamente a decisão da qual não caiba qualquer recurso – esse o caso da advocatária – estaria, na prática, dispensada de motivação cabal.

Durante o processo constituinte, a Ordem dos Advogados do Brasil propôs extirpar a advocatária do nosso sistema judiciário, o que se fez mediante iniciativa do Deputado Michel Temer. Não se tratava de mero preconceito, tampouco de desconfiança com relação aos tribunais superiores. Tanto assim que, por empenho da própria OAB, incluiu-se na competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a reclamação “para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões” (confiram-se arts. 102-I-l e art. 105-I-f da Constituição da República). Temos, na reclamação, instrumento democrático de controle judicial em caso de usurpação de competência por parte de juiz singular ou tribunal.

Alguém diria que essa reclamação não basta para coibir abusos do juiz singular. Para quem pensa dessa forma, parece intolerável o abuso praticado, por juiz singular, contra interesse do governo, embora já não aconteça o mesmo quando se trata de abuso contra a cidadania.

Acresce que, para corrigir abusos do juiz singular, o direito pretoriano já consagrou hoje, largamente, o mandato de segurança contra decisão judicial. Trata-se de medida que está ao alcance tanto da cidadania quanto da autoridade pública.

Se é assim, se já temos medida judicial objetiva, sistemática, coerente e satisfatória, para a proteção do interesse público na eventualidade de dano irreparável, por que criar-se a advocatária?

A advocatária permite que, em causas de qualquer natureza (civil, tributária, criminal, eleitoral etc.), um órgão de poder, por ato de império, suprima as instâncias comuns, ordinárias, e, invocando razões de Estado, se auto-institua discricionariamente, e caso a caso, como instância única e irrecorrível de julgamento. Isso, que representa a suma do arbítrio, corresponde a encartar um ato institucional dentro da própria Constituição. Menos autocrático era o Tribunal de Segurança Nacional, que tinha pautas genéricas e pré-definidas de competência.

8. CONCLUSÃO

A solução para o acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal não se encontra na outorga de efeito vinculante a suas decisões.

É possível aliviar-se a pauta do Supremo com medidas de outra natureza, sem ofensa ao nosso sistema jurisdicional, às garantias dos jurisdicionados e ao equilíbrio dos Poderes.

Dentre as providências alternativas acima sugeridas, ressalta a das súmulas administrativas. Mas há providência mais simples e expedita do que essa, que seria permitir-se aos advogados da União e aos procuradores autárquicos, mediante preceito legal, deixarem de recorrer sempre que, no recurso, deva rediscutir-se exclusivamente matéria já sumulada.

Isso equivaleria, na prática, a tornar vinculantes as decisões do Supremo, porque os advogados deixariam invariavelmente de recorrer contra a súmula, só o fazendo quando vislumbrassem a possibilidade de derrubá-la. Isso não constrange, não ofende a liberdade de

juízes e advogados; tampouco restringe o acesso das partes à Justiça; nem expõe a risco o interesse público, porque só se deixaria de recorrer contra decisão sumulada.

Parece assim de todo razoável que se acrescente, onde couber:

“Art. - Os procuradores da administração direta, indireta ou fundacional de

qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, podem deixar de interpor recurso para os Tribunais Superiores, nos processos em que oficiem, sempre que o mesmo deva exclusivamente rediscutir tese já sumulada por um desses tribunais”.