

# O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores

Edilson Pereira Nobre Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. A *common law*. 3. O sistema romano-germânico. 4. A experiência brasileira. 5. A opção pela vinculação: óbices e vantagens. 6. À guisa de conclusão: uma análise das propostas em tramitação congressional.

## 1. Introdução

O incrível progresso vivenciado nos dias atuais, galvanizado pelo fenômeno da globalização, implicou a rarefação das fronteiras nacionais e, com isso, pode-se dizer que o final de milênio nos apresenta cenário marcado pela mudança de concepção relativa a um dos paradigmas informadores da noção clássica de Estado, qual seja o de soberania. Disso decorre forte crise no exercício das funções estatais, em contrapartida à cada vez mais crescente robustez do poderio das grandes conglomerações econômicas.

Daí se vê que, demais da legislação e da administração, a jurisdição também passa a enfrentar, de forma acentuada, uma conjuntura de gravidade no exercício de sua missão de distribuir justiça. A só complexidade das relações sociais, surgidas desde o dealbar do século XX em ritmo não acompanhado pelo legislador, já denotava sinais de acentuada dificuldade na composição de litígios.

No exemplo brasileiro, tem-se que a aura impulsionadora do movimento constituinte ultimado em 1988, fortemente impregna-

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal e Professor da UFRN.

da de sentimento democrático, demais de trazer à baila novos direitos (direitos sociais, coletivos e difusos), foi responsável por uma maior conscientização da população quanto ao exercício dos seus direitos subjetivos. Como conseqüência, criou-se na sociedade um anseio progressivo de busca ao Judiciário, a fim de que fossem solucionados os conflitos de interesses, repercutindo em um aumento de causas em tramitação, a contribuir para congestionar mais ainda a máquina de julgar.

Aguçou-se, no instante difícil por que passa o Estado, a crise da atividade judicial. O retrato desolador dessa nas plagas patriais nos é oferecido pela maior autoridade judiciária do país, o Ministro Carlos Mário Velloso, presidente do Supremo Tribunal Federal. Relata S. Exa., de forma detalhada, a sobrecarga de feitos que assolam as nossas cortes<sup>1</sup>. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, somente no ano de 1995, recebera 30.706 feitos, tendo julgado 35.214, enquanto, no mesmo período, o Tribunal Constitucional alemão fora recipiendário de aproximadamente 5.000 a 7.000 queixas, admitindo cerca de 2%, e a Suprema Corte norte-americana, entre as 4.000 propostas de recurso, admitira 300 e julgara 180. Nos anos posteriores, não houve melhoras, recebendo o Supremo Tribunal Federal, no decorrer de 1997, 33.963 processos, com o julgamento de 40.815, observando que algo em torno de 80% dos julgados versaram matéria já analisada.

Prosseguindo, informa que o Superior Tribunal de Justiça acusara, em 1990, aproximadamente um ano após a sua instalação, a distribuição de 14.087, número elevado para 53.993 em 1996<sup>2</sup>, ao passo que, no Tribunal Superior do Trabalho, notou-se a quantidade de 93.484. A Justiça Federal, por sua vez, atuara, em 1995, 3.562.000 pedidos.

Essa inquietação não deriva de pouco tempo. Em palestra proferida no ano de 1964, Vítor Nunes Leal<sup>3</sup> alertara para a faina interminável do Supremo Tribunal Federal em julgar processos, mostrando que,

de 1950, quando decidira 3.511 feitos, em 1962 a Corte se deparara com 7.347 julgamentos.

Com vistas a arrostar esse quadro desolador, alvitram-se várias soluções. Uma delas, sem dúvida uma das mais polêmicas, centra-se na adoção, via reforma constitucional, do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores.

Há várias propostas a respeito, destacando-se a PEC 54/95, de autoria do Senador Ronaldo Cunha Lima, a PEC 500 – A/97, originária da Câmara Alta, e a PEC 96 – E/92, proposta pelo Deputado Hélio Bicudo<sup>4</sup>, a qual, após maturada discussão, logrou aprovação no seio da Câmara dos Deputados.

Oportuno aqui duas transcrições. Inicialmente, a PEC 54/95, provocadora dos maiores frêmitos, pretende conferir à Lei Fundamental a seguinte redação:

“Art. O Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo do disposto no art. 107, parágrafo 2º, e os Tribunais Superiores, após reiteradas decisões da questão e mediante o voto de três quintos dos seus membros, poderão editar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento. §1º A súmula vinculante terá por objeto 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 A aprovação, alteração ou cancelamento da súmula poderão ocorrer de ofício ou por proposta de qualquer tribunal competente na matéria; pelo

Ministério Público da União ou dos Estados; pela União, os Estados ou o Distrito Federal; pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela entidade máxima representativa da magistratura nacional, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante aplicável, ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação para o Tribunal que a houver editado, o qual, 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. § 4º O reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o § 2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda do cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções”.

Bem mais concisa, a PEC 96 – E/92, em sua redação final perante a Câmara dos Deputados, aventa ao art. 102, § 2º, da Constituição:

“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Partindo-se dessas proposições, passaremos à análise da viabilidade (óbices e vantagens) da consagração da vinculação jurisprudencial em nosso sistema. Antes nos deteremos sobre a sua aplicação nos ordenamentos filiados à *common law* e à família romano-germânica, incluída aí nossa incipiente experiência. Não serão esquecidos

alguns alvitre para um melhor trato da matéria em sede de direito posto.

## 2. A *common law*<sup>5</sup>

A *common law*, sistema predominante na Inglaterra e nos Estados Unidos, não cultiva a lei como fonte principal, apesar de aquela haver tornado clássica a soberania do Parlamento, que pode operar tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher. A fonte formal de maior importância é a jurisprudência, cabendo à lei o lugar de fonte secundária, incumbida de trazer corretivos e adjunções aos princípios firmados pelos tribunais. Revela-se, assim, casuista e jurisprudencial.

A sua formação se solidificou por meio do desenvolvimento histórico da Inglaterra, mais precisamente a partir da conquista normanda, datada de 1066. Esta instaurou um poder centralizador, gravitando em torno do monarca, com destaque para os tribunais reais.

Com a submissão de um litígio a um dos tribunais reais, este, dada a impossibilidade de resolvê-lo com o uso de costume local, voltava-se à aplicação do costume geral do reino, expressão do espírito do povo inglês, reconhecido nas decisões dos juízes.

Com o passar do tempo, ao lado da *common law*, vocábulo agora empregado em sentido estrito, irrompeu, em face do rigor dos julgamentos dos tribunais ingleses, a *equity*, consubstanciada na súplica ao rei, representado pelo seu chanceler, para que interviesse de forma a eliminar injustiças, tributadas ao rigorismo dos tribunais na solução dos casos.

Tanto a *common law* quanto a *equity* se manifestavam em conformidade com a doutrina do precedente. Para tanto, contribuiria decisivamente o registro das decisões reais e do chanceler, sendo os mais antigos os *Year-Books*, feitos por compiladores anônimos entre os reinados de Eduardo I e Henrique VIII. Dessa maneira, surgindo um conflito idêntico ou similar, assomava forte probabilidade de se emitir a mesma solução, ou

adaptá-la às novas circunstâncias exigidas pela espécie.

A tal proceder se admitia exceções, principalmente quando a decisão anterior fosse contrária à razão, ou se claramente investisse contra a lei divina. Os precedentes, portanto, deveriam ser observados, salvo se francamente absurdos ou injustos.

O experimento inglês com o já decidido conheceu fases evolutivas. No princípio, o impacto do precedente era persuasivo (*persuasive precedent*), não obrigando o juiz a segui-lo, o qual poderia pô-lo de lado se encontrasse razões convincentes. O surgimento do precedente obrigatório ou vinculativo (*binding precedent*) datou do século XVII, com relação à *equity*, passando à *common law*, em sentido não amplo, da segunda metade do século XIX e início do século XX, assinalada pela solene declaração da Câmara dos Lordes de 1898.

No intuito de desvendar o funcionamento da vinculação precedencial, indispensáveis algumas palavras sobre a organização judiciária inglesa, tal como estruturada pelos *Administration of Justice Act* (1970) e *Courts Act* (1971).

Tem-se, assim, a *Supreme Court of Judicature*, formando a chamada alta justiça, tripartida pelas *High Court of Justice*, *Crown Court* (matéria penal) e *Court of Appeal*. Esta opera, dentro da *Supreme Court of Judicature*, como um segundo grau de jurisdição das decisões dos dois primeiros órgãos. No ápice, encontra-se a Câmara dos Lordes, cujo Comitê de Apelação poderá, excepcionalmente, conhecer de recurso de decisão proferida pela *Court of Appeal*.

Abaixo das cortes superiores, acima descritas, existem as jurisdições inferiores, compostas pelas Cortes de Condado (jurisdição cível) e as *Magistrates Courts* (jurisdição criminal).

Após essa visão, pode-se afirmar, com suporte na pena de René David<sup>6</sup>, que a regra do precedente se manifesta da seguinte maneira: a) as decisões da Câmara dos Lordes são imperativas para todas as jurisdi-

ções, salvo para ela própria, porquanto declaração do Lorde Chanceler, advinda em 1966, tornou público que, no futuro, aquela poderia afastar-se dos seus pronunciamentos anteriores contanto que razões prementes de justiça exigissem; b) as deliberações tomadas pela *Court of Appeal* se impõem para as jurisdições que são inferiores a ela, excetuando-se a si mesma quando se cuidar de matéria criminal; c) as oriundas da *High Court of Justice* se aplicam à baixa justiça (Cortes de Condado e *Magistrates Courts*), sendo de forte persuasão para os seus órgãos fracionários e para a *Crown Court*.

É preciso atentar que nem tudo quanto consta do julgado configura precedente, cuja observância é imposta nos litígios posteriores. Duas ponderações são indispensáveis: a) apenas as questões de direito se dirigem aos casos futuros; b) entre as proposições de direito afirmadas no julgamento, somente deve ser respeitado aquilo que foi considerado necessário para a decisão, denominado *ratio decidendi*, em contraposição ao *obiter dicta*, o qual não merece ser levado em consideração.

Vê-se, então, que a parte vinculativa é a *ratio decidendi*, núcleo essencial da decisão, precisamente definida por João de Castro Mendes como “o argumento de direito que foi decisivo para a solução do caso”<sup>7</sup>. Isso, evidentemente, não quer dizer ser impossível ao juiz, para respaldar a sua decisão, apoiar-se, de maneira sólida, em mais de um argumento, caso em que ambos serão tidos como balizadores dos futuros julgamentos.

O referido autor nos oferece, mediante vários exemplos, uma completa demonstração, do modo pelo qual o *stare decisis* é posto em prática. Por apego à concisão, mencionaremos apenas o sucedido durante a resolução do caso *Donoghue versus Stevenson*, responsável por provocar agitado debate perante a Câmara dos Lordes no ano de 1932.

Eis, em breves palavras, a questão fática: a recorrente, juntamente com uma amiga, dirigiram-se a um café, onde solicitaram um gelado, juntamente com uma garrafa de *gin-*

*ger beer*, o que fora providenciado pessoalmente pelo dono do estabelecimento, ao deitar o referido líquido sobre o conteúdo do sorvete. Após a recorrente haver sorvido parte do seu pedido, a sua amiga passou a encher sua taça com a bebida, ocasião em que do vaso, composto de vidro escuro e opaco, adveio um caracol decomposto.

Alegando haver contraído doença séria, em virtude da ingestão de parcela do conteúdo contaminado, a recorrente resolveu demandar contra o fabricante da *ginger beer*, ao invés do dono do café, mero retalhista. Por meio de uma escassa maioria (três votos contra dois), a Câmara dos Lordes, revogando decisão da Segunda Divisão do Tribunal de Sessão da Escócia, firmou a responsabilidade do demandado, assentando, para observância na posteridade, o princípio de direito, consoante o qual o fabricante de um produto, que o aliena sem condições de ser inspecionado pelo comerciante ou pelo destinatário final (recorde-se que o abrigo do líquido dentro de vidro escuro e opaco impedira qualquer verificação pelas partes integrantes da relação de consumo), assume um dever de cuidado, devendo arcar com as conseqüências derivadas da imprestabilidade do objeto fabricado.

Os Estados Unidos, como legado da colonização, não escaparam da influência do precedente vinculante do direito consuetudinário inglês.

O mais curioso dessa recepção está em que, ao contrário da Inglaterra, onde ausente constituição escrita, o Estado norte-americano, organizado sob a forma federativa desde 1789, perfilhou o princípio da separação de poderes em sua feição clássica, declarando concernir ao Congresso, formado pelo Senado e a Câmara dos Representantes, todos os poderes de legislar constitucionalmente (Art. I, Seção I). A responsabilidade dos juízes, portanto, seria a de interpretar a lei, produzida pelo Legislativo, ao invés de elaborá-la.

Isso, todavia, não impediu que às decisões proferidas pelas recursais, federais ou

estaduais, envolvendo a compreensão de norma legal, federal ou estadual, fosse outorgado o caráter vinculativo, tal como se de lei se tratasse, devendo ser adotadas pelas cortes inferiores.

De notar também, no sistema judicial norte-americano, a elevada influência ostentada pelos tribunais estaduais, derivada do arquétipo federativo consagrado na Constituição, circunscrevendo, às matérias que enumera (Artigo III, Seção II, 1 e 2), a esfera de competência atribuída à jurisdição federal, muito embora não se deva perder de vista o papel da Suprema Corte, na condição de guardião da Lei Fundamental.

O modelo americano é de fácil percepção. Os julgamentos de uma corte de primeiro grau não são vinculantes. Tal somente ocorre a partir dos pretórios providos de competência para examinar recursos, de modo que o decidido por meio de corte estadual configura, dentro da organização judiciária de correspondente Estado-membro, precedente a ser seguido; o mesmo acontece com o deliberado por uma corte recursal federal, o qual sujeita as cortes distritais do respectivo circuito.

Singular é o valor dos decisórios da Suprema Corte, a irradiar eficácia para todos os órgãos jurisdicionais, federais ou estaduais. Averbá, com muita propriedade, Charles D. Cole:

“O precedente para o circuito no sistema federal é, contudo, sujeito a ser revogado por uma contradecisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, que estabelece precedente nacional. A decisão da Suprema Corte é vinculante em todas as Cortes, sejam estaduais ou federais, uma vez que a interpretação é aplicável à Constituição federal, leis promulgadas de acordo com a Constituição, ou tratados federais”<sup>8</sup>.

Algumas características não podem passar despercebidas. A primeira delas é que, em qualquer caso, somente configurará precedente a decisão tomada pela maioria do

respectivo tribunal. Se não traduzir a posição majoritária, terá valor persuasivo. Esse efeito igualmente ocorrerá quando, a despeito de firmada por maioria, emanar da corte recursal de outro estado, ou de corte federal de circunscrição diversa<sup>9</sup>.

A descoberta da autoridade do precedente impende, a cada caso, à corte julgadora, quer de primeiro grau ou de apelação. É a esta que toca dizer se aquele deverá ser tido como vinculante ou persuasivo. Assomará como vinculativo quando os fatos relevantes, empregados na solução do conflito anterior, guardarem semelhança com o caso pendente de julgamento. Nessa hipótese, aquele deverá ser adotado, exceto se ocorrer mutação legislativa, ou se, sobre o assunto discutido, a Suprema Corte perfilhara orientação dessemelhante à corte de recursos, federal ou estadual.

Vale aqui a mesma advertência feita para o direito inglês. Não é toda a fundamentação do julgado paradigma que interessa à resolução do caso sob apreciação, mas apenas a parte que seja relevante ao deslinde deste, e, por isso, indispensável à nova decisão a ser proferida. Mais uma vez, vem a calhar transcrição do ensinamento de Charles D. Cole:

“O juiz ou advogado tentando localizar o precedente em caso anterior precisam saber os fatos relevantes que a Corte usou para a decisão no caso anterior e o princípio de direito que a Corte aplicou aos fatos relevantes. O precedente de um caso é, dessa forma, simplesmente o princípio de direito ou regra de direito que foi aplicado aos fatos relevantes para decisão com base na questão jurídica ou questões ora apresentadas para a Corte para decisão. Todas as alegações da Corte, que não são necessárias para a decisão, naquele caso, são *dicta*”<sup>10</sup>.

Idêntica constatação é realçada por Edward Re, quando afirma que “a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução

das questões de fato ou de direito efetivamente suscitadas e decididas”<sup>11</sup>, constituindo *dicta* os demais fundamentos, não indispensáveis à deliberação.

### 3. O sistema romano-germânico<sup>12</sup>

Notabiliza a família romano-germânica o apoio nas leis como a mais recomendada maneira de buscar a sua compreensão. Essa tendência ganhou corpo no século XIX, caracterizado pela positivação em leis escritas dos postulados do direito natural, reinantes na centúria anterior, fenômeno responsável pelo surgimento dos monumentos legislativos calcados nas codificações.

Boa contribuição ofertou também o triunfo das idéias dirigistas, que desembocaram no alargamento do papel do Estado. A preferência pela lei se dá ainda pelo rigor de que esta encerra, ao conferir, numa época de relações sociais complexas, elementos capazes de dotar o direito de precisão e certeza.

As normas escritas ocupam, assim, posto de destaque. Inserida a Constituição no ápice piramidal (posição garantida pela rigidez de suas normas e pela existência de um controle de constitucionalidade), os tratados, os códigos e os regulamentos constituem a base retora das condutas individuais e da Administração.

A preponderância da fonte legislada, é bom admoestar, não encerrou o juiz à desprezível condição de *bouche de la loi*. Não é de ser olvidada a sentida importância da criatividade jurisprudencial, cada vez mais crescente nos dias atuais, principalmente em função da atividade das cortes constitucionais<sup>13</sup>.

Em trabalho sobre o tema, com enfoque voltado para a ordem jurídica italiana depois da Lei Fundamental de 1947, Roberta Calvano<sup>14</sup> salienta que o *stare decisis*, outrora tido pelos comentaristas como uma peculiaridade intrínseca ao sistema inglês, é encontrado, nos seus traços gerais, como prática difundida em todo o continente europeu, a partir do século XVI.

Mais adiante, ressalta a não adequação de uma teoria geral do precedente tal como formulada pela *common law*, propugnando, ao invés, pela adoção de um modelo mais amplo, capaz de definir como aquele operará no contexto dos diversos ordenamentos.

Atenta à realidade peninsular, anota os seguintes pontos: a) a posição de relevo usufruída pela Corte Constitucional, não subordinada a nenhum outro órgão jurisdicional, sendo seus pronunciamentos vistos como precedentes significativos pelos juízes ordinários; b) a consideração pelo julgador de uma jurisprudência iterativa, ao invés de um único precedente, como labora o magistrado da *common law*; c) a coerência e continuidade da jurisprudência constitucional<sup>15</sup>.

Encerrando, delineia a autora, com achegas no magistério de Elia, o cenário produzido pela fecunda atividade da Corte Constitucional italiana que, à míngua de dispositivo expresso, configura relevante e útil instrumento de argumentação na solução dos casos concretos posteriores. São as suas palavras:

“Tal relevo é devido certamente à consciência que os juízes constitucionais tiveram, e têm, relativamente à circunstância para a qual ‘do conjunto das *rationes decidendi* (da Corte) nasce um direito pretoriano, com toda a autoridade típica deste direito, não certo de impor *ex lege* o vínculo das motivações, mas de influir sobre a real vida do ordenamento, não se pondo de lado às leis em si mesmas, mas ao direito como vivido e como vem usado pelos juízes’”<sup>16</sup>.

A forte influência do precedente na Itália é confirmada por Livio Paladin. Ao se referir às decisões tomadas pela Corte Constitucional, afirma, quanto às *sentenze di accoglimento* (declaratórias do vício de ilegitimidade de dispositivos legais frente à Constituição), deixar o art. 136, *caput*, da Lei Maior de 1947, claramente entender que tais decisões possuem eficácia *erga omnes*, produzindo, por isso, no ato de verificação de qual-

quer motivo de invalidade, um particular efeito constitutivo, de tal modo a impedir toda aplicação ulterior da respectiva norma, inclusive no âmbito das controvérsias que tenham tido origem na própria Corte<sup>17</sup>.

Vai além, mostrando que esse entendimento já fora objeto de reconhecimento pela própria Corte Constitucional quando, na motivação constante da *Sentenza* 49, de 02-04-70, sublinha-se o trecho de ser

“perfeitamente lógico que seja vetado a todos, a começar pelos órgãos jurisdicionais, de tomar as normas declaradas inconstitucionais como princípio de valoração de qualquer fato ou relação, mesmo se anterior à pronúncia da Corte”<sup>18</sup>.

Quanto às *sentenze di rigetto* (que rejeitam a inconstitucionalidade argüida), predomina, ao contrário de outros ordenamentos, como o francês e o alemão, outra solução, tendo a própria Corte Constitucional admitido, na *Sentenza* 7, de 27 de janeiro de 1958, a possibilidade de nova proposição da demanda de legitimidade, especialmente se exposta e sustentada sob argumentos diversos, eventualmente inferidos dos ulteriores desenvolvimentos dos princípios informadores da Norma Ápice.

Na Alemanha, o art. 94.2 da Lei Fundamental de *Bonn*, de 23-05-49, é expresso em prever o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional, ao salientar que lei federal disporá sobre a organização e procedimento, precisando os casos em que seus julgados terão força de lei.

Comentando o dispositivo, Helmut Simon é peremptório:

“Destaca-se o peso do *Bundesverfassungsgericht* à medida que os órgãos da Federação e das províncias, assim como todos os tribunais e autoridades, estão vinculados por suas decisões, e que as mesmas têm força de lei enquanto afetem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas”<sup>19</sup>.

Ratificando o ensinamento acima, Erico

Bülow<sup>20</sup> é claro em afirmar formarem categoria especial de criação soberana do direito as decisões do Tribunal Constitucional, ao declararem constitucionais ou não normas inferiores, quer tal ocorra no controle abstrato ou concreto. Chega inclusive a considerar tais sentenças com a qualidade de lei formal.

Em Portugal, J.J. Gomes Canotilho, na 5ª edição de seu *Direito Constitucional*<sup>21</sup>, ao abordar a eficácia das sentenças declarativas de inconstitucionalidade, proferidas pelo Tribunal Constitucional em processos de fiscalização abstrata, menciona, à luz do art. 282º/1 da Constituição da República Portuguesa, possuírem força obrigatória geral, traduzindo as idéias de: a) vinculação geral, ao submeterem o legislador (que não pode reeditar normas julgadas inconstitucionais, ou neutralizar a decisão, por meio da convalidação retroativa, por lei ou ato equivalente a esta, de comportamentos administrativos perpetrados com base nas invalidadas, salvo se lei constitucional (lei de revisão) venha respaldar a disciplina jurídica anteriormente tida por inviável), o próprio Tribunal Constitucional (que deverá perflhar, nos recursos pendentes de julgamento, a decisão anterior) e os demais tribunais, nas resoluções dos casos concretos que lhes forem trazidos; b) força de lei, porque tais deliberações, em face do valor normativo que ostentam, espraiam seus efeitos perante as pessoas físicas e coletivas privadas<sup>22</sup>.

No particular das sentenças de rejeição de inconstitucionalidade, segue-se a sistemática consagrada na península itálica. Não portam efeito preclusivo, permitindo, à medida que consagrada mera interpretação conforme à Constituição, possa o tribunal, no futuro, vir a defender compreensão diferente acerca da norma em debate.

Isso sem lembrar a circunstância da enorme importância, desde a centúria quinhentista, desfrutada pelos assentos, outrora da Casa de Suplicação, e, no passado mais recente, do plenário do Supremo Tribunal de Justiça.

Consoante António Menezes Cordeiro<sup>23</sup>, os assentos, a bem da verdade, consistiam em proposições gerais e abstratas, cuja natureza era representativa de verdadeiras normas jurídicas em sentido material, tanto que foram suscetíveis, durante a sua existência, encerrada com o Decreto-lei n.º 329-A, de 12-12-95, de revogação por leis posteriores<sup>24</sup> e de declaração de inconstitucionalidade mediante deliberação do Tribunal Constitucional<sup>25</sup>.

Influenciado por razões de segurança jurídica e celeridade processual, a contribuição dos assentos manifestou-se largamente no decurso do tempo, podendo-se mencionar, para não se recuar em demasias, o Assento de 23 de novembro de 1769, emitido pela Casa de Suplicação, no qual restou colmatada lacuna na Lei da Boa Razão, do mesmo ano, ao indigitar, como aplicável às obrigações mercantis, à minguia de lei do reino, as leis marítimas e comerciais da Europa, juntamente com o direito das gentes praticado pelas nações comerciais. Recentemente, tem-se, dispondo sobre as mais variadas matérias, os Assentos de: a) 26-05-61 e de 09-11-77 (estatutos dos gerentes das sociedades por quotas); b) 24-07-79 (competência judicial para solucionar conflitos sobre poder paternal em casos de divórcio ou separação judicial); c) 21-06-83 (presunção de paternidade); d) 09-12-64 (valor da causa em processo de expropriação, para fins de alçada); e) 25-06-87 (exigindo, sob a égide da igualdade entre os cônjuges estatuída no art. 36, n.º 3, da Constituição, a notificação de marido e mulher para o exercício da preempção do 1.463º do Código de Processo Civil); f) 23-05-94 (obrigação de ambos os cônjuges à restituição em dobro do sinal, em virtude do descumprimento, pelo promitente-vendedor, de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado por um dos membros do casal, desde que comerciante, salvo as ressalvas do art. 691º, n.º 1, alínea d, do Código Civil).

A Espanha não se manteve alheia ao fascínio do precedente. Para esse fim, o Tribu-

nal Constitucional invoca o princípio da igualdade, prestigiado pelo art. 14 da Constituição de 1978.

De notar que a regra do precedente atua por duas vias. Num primeiro plano, resulta do recurso de cassação, da competência do Tribunal Supremo. A este respeito, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1878, com a modificação implantada pela Lei n.º 34, de 06-08-84, plasmou ao seu art. 1.692 redação, no sentido de que tal inconformismo cabe quando houver infração às normas do ordenamento jurídico, ou à jurisprudência, aplicadas para resolver as questões objeto de debate<sup>26</sup>.

Busca-se, com tal sistema, o estabelecimento de um critério uniforme na aplicação e interpretação das leis.

Sob outra ótica, a vinculação decorre das decisões do Tribunal Constitucional. O funcionamento deste como legislador negativo implica que a sentença que repute inconstitucional a lei, ou a exegese que dote esta de determinado conteúdo, tem eficácia de lei.

A força vinculante dos seus pronunciamentos resulta também da própria posição ostentada pelo Tribunal Constitucional, definida pela Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ) como o intérprete-mor da Constituição (art. 1.º), qualificação que, a despeito de não resultar nesta expressa, emerge das funções cometidas à corte.

A extensão daqueles aos tribunais ordinários resulta do art. 5.1. da LOPJ, ao ditar que os juízes interpretarão e aplicarão as leis, bem como os regulamentos, segundos os preceitos e princípios constitucionais, conforme as resoluções exprimidas pelo Tribunal Constitucional em toda a sorte de processos.

Bem sintetiza as linhas já tecidas o comentário, sobremodo preciso, de Ignácio de Otto: “se este (refere-se ao Tribunal Constitucional) pode anular uma lei por inconstitucionalidade, isto quer dizer que sua interpretação prima sobre a que fez o legislador e sobre qualquer outra”<sup>27</sup>.

Deixamos por último o exemplo da França, justamente em face das peculiaridades

ostentadas por sua história, calcada na repulsa depositada pela Revolução de 1789 nos juízes, vistos como caudatários do *ancien régime*.

Demonstração cabal da época restou sublinhada pela Lei de 1790, ao criar o *référé législatif*, responsável por realçar o caráter do magistrado de aplicador autômato da lei, de modo que, havendo dúvida, a sua supressão, pela senda interpretativa, estaria confiada ao legislador do qual se originara a respectiva norma.

Reforçando a tendência, o art. 3.º da Constituição de 3 de setembro de 1791 dispunha:

“Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução das leis, nem intrometer-se nas funções administrativas ou citar perante eles os administradores por motivo das suas funções”.

É criado, então, o Tribunal de Cassação, órgão político auxiliar do Legislativo, com a atribuição de retificar as infrações levadas a cabo pelas cortes judiciais sempre que importarem em contravenção do texto de lei.

Com o correr dos anos, mais precisamente em 1837, o Tribunal de Cassação assume outra feição, configurando-se como verdadeiro órgão judicial, integrante da estrutura do Poder Judiciário, com a possibilidade de rever qualquer sentença que se baseie em *ratio decidendi* contrária à sua orientação jurisprudencial. Evidente, portanto, a influência, perante os demais juízos ordinários, da interpretação da referida da corte em sede de leis e regulamentos.

Alguns anos depois, viceja, ao lado do Tribunal de Cassação, o Conselho de Estado, o qual, a despeito de formalmente não integrado na organização judiciária francesa, merecera a outorga de caráter jurisprudencial para a apreciação de questões de direito público mediante Lei de 24-05-1872, galgando, nessa seara, o ápice da jurisdição administrativa.

O instrumento pelo qual se notabilizara a atuação do Conselho de Estado fora o *récours pour excès de pouvoir*, surgido nos al-

bores do século XIX (1806), quando aquele exibia a estatura de mero organismo de controle interno das decisões do Executivo.

A inclusão, no sistema jurídico francês, da jurisprudência como fonte do direito foi bem explicada por George Vedel & Pierre Delvolvé. Estes, analisando o sistema oficial, chegaram a notar:

“Oficialmente, se a gente pode se exprimir assim, nosso direito é inteiramente um direito escrito e legislativo, sem participação do juiz. As regras de direito procedem, unicamente, da Constituição, dos tratados, da lei, dos regulamentos. O juiz interpreta os textos e não cria regras de direito”<sup>28</sup>.

Logo a seguir, põem o assunto sob o prisma do sistema real, reconhecendo uma inevitável premissa:

“Mesmo em direito civil, é evidente que, de fato, uma parte importante das regras de direito é posta pelo juiz; isto é ainda mais evidente quando em direito administrativo onde as regras mais importantes não têm, o mais das vezes, outra origem”<sup>29</sup>.

Concluindo, asseveram que o sistema do precedente, em França, possui valor de fato, mas não valor de direito. O acerto da opinião demonstra-se por meio da fecunda criação pretoriana<sup>30</sup>.

O peso atribuído ao precedente é aferido mediante quatro critérios, condizentes com a: a) ancianidade e continuidade da sua utilização; b) autoridade da jurisdição que o consagrou; c) natureza do julgado (*arrêt d'espèce ou de principe*); d) persistência do valor das considerações que lhe serviram de respaldo.

#### 4. A experiência brasileira

Ao contrário do que se pensa, o Brasil, no curso de sua história, não permaneceu integralmente estranho à influência do precedente.

Quando colônia de Portugal, encontramos-nos subjugados ao direito nele vigen-

te. Daí não se podendo esquecer que as Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, § 1º), de 1512, dá-nos notícia dos assentos<sup>31</sup>, firmados pela Casa de Suplicação, com a finalidade de dirimir dúvidas jurídicas articuladas durante os julgamentos dos casos que àquela eram submetidos. Caso os magistrados da mencionada Corte não chegassem à resolução de determinado ponto controvertido, acorreriam ao rei, que o solucionaria mediante a edição de ato de cunho normativo.

As Ordenações Filipinas (Livro I, Título 5, § 5º), dos albores do século XVII (1603), mantiveram ditos assentos. Tornando-se à Lei da Boa Razão, de 18-08-1769, um dos mais importantes monumentos legislativos da época, constatam-se, no particular, duas inovações. A primeira recai no seu § 4, ao impor (a forma verbal empregada no início do dispositivo era “mando”), tanto com relação aos assentos já estabelecidos, quanto aos que doravante se estabelecessem, a condição de leis, a serem sempre observadas como tais, debaixo das penas que estabelecia. Em segundo lugar, suprimiu a competência, para a edição dessas orientações, das Relações do Porto, do Rio de Janeiro e da Bahia, enfeixando-as unicamente na Casa de Suplicação.

Posteriormente, com a fuga da família real para o Brasil, em 1808, voltou-se a outorgar competência à Relação do Rio de Janeiro para proferir assentos.

Uma vez proferidos e registrados, enviavam-se cópias dos assentos aos chanceleres das demais relações, a fim de serem respeitados como leis. Isso, contudo, não impedia a interposição de recursos contra julgados neles baseados.

Proclamada a Independência, tal competência fora, com o Decreto 6.142, de 10 de março de 1876, deferida para o Supremo Tribunal de Justiça, previsto pelo art. 163 da Constituição Imperial, malgrado não haver, na prática, sido objeto de concretização.

A extinção do instituto deu-se com a República, fato a não impedir que, passado

pouco tempo da promulgação da Constituição de 1891, a legislação processual, agora reservada aos Estados, concebesse o prejudicado, tal como ocorrera, entre outros, com o art. 22 da Lei 17 do Estado de Minas Gerais, de 20-11-1891, com o art. 103 do Decreto 16.273, de 20-12-23, que dispunha sobre a organização judiciária do Distrito Federal e o art. 1.126 do Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo.

Trasladada a competência de legislar em matéria processual para a União, o Código de Processo Civil de 1939, no seu art. 861, manteve, agora influenciado pelo § 137 da Lei de Organização Judiciária da Alemanha, o prejudicado, proclamando:

“A requerimento de qualquer dos seus juízes, a câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre câmaras ou turmas”.

Muito embora desprovido da cogência peculiar aos assentos, o prejudicado representou importante fonte de persuasão para guiar as decisões dos magistrados das jurisdições inferiores.

Vigente a Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal, mediante o profícuo labor de Comissão de Jurisprudência formada pelos Ministros Vítor Nunes Leal, seu presidente, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, instituiu, com a emenda regimental de 28-08-63, a súmula oficial da jurisprudência daquela corte.

De forçosa evocação, neste instante, as palavras do Ministro Vítor Nunes Leal, indelével nos anais da cultura jurídica nacional, ao traçar, com vistas a justificar as recém-criadas súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, paralelo tendente a harmonizar a estabilidade dos julgados com as mutações da sociedade:

“Firmar a jurisprudência, de modo rígido, não seria um bem, nem mesmo

seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é frequentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-térmo, para que o Supremo Tribunal Federal possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios da jurisprudência”<sup>32</sup>.

Aproximadamente dois anos depois de instituídas as súmulas do Supremo Tribunal Federal, o atual Código Eleitoral, substanciado pela Lei 4.717, de 15-07-65, criou a figura do prejudicado eleitoral, de natureza distinta daquela prevista na legislação processual civil então em vigor, prescrevendo: “No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejudicados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois terços dos membros do Tribunal” (art. 263).

Interpretando o dispositivo durante a vigência da Lei Fundamental de 1988, o Tribunal Superior Eleitoral concluiu por sua inconstitucionalidade no Acórdão 12.501<sup>33</sup>, fundando-se o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, em três argumentos, quais sejam: a) violação à separação de poderes, haja vista a força de lei que portava o preceito; b) recente edição das súmulas da jurisprudência do próprio tribunal, as quais não se revestem de nota vinculativa; c) redação do art. 97 da Constituição, a exigir maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal para a declaração de inconstitucionalidade, enquanto, inteiramente desproporcional, a norma fixava quórum de dois terços para a alteração de jurisprudência.

Aproximadamente uma década depois, com o novo Código de Processo Civil, veio a lume a uniformização de jurisprudência, com o propósito de evitar discrepância no julgamento, dentro de um mesmo tribunal, de determinadas questões<sup>34</sup>.

O procedimento é simples. Verificada, a instâncias do relator ou de alguma das partes interessadas, divergência de decisões tomadas por órgãos fracionários de uma mesma corte, os autos serão remetidos ao plenário, ao qual caberá emitir a exegese a ser observada. Sendo o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros da corte, passará a constituir objeto de súmula, criando precedente para que seja uniformizada a jurisprudência de determinado tribunal.

Abordando a eficácia da deliberação que importar em súmula, Sydney Sanches expôs:

“A súmula, de que trata o art. 479, não tem a mesma força do ‘assento’, que era previsto no Anteprojeto Buzaid. Vale apenas como enunciado que o próprio Tribunal faz de seu ponto-de-vista a respeito da interpretação de uma norma jurídica. Os juízes não o podem ignorar”<sup>35</sup>.

Impossível omitir o art. 90, § 2º, da Lei Complementar 35/79, que, ao dispor sobre as linhas de organização do saudoso Tribunal Federal de Recursos, estabelecia a possibilidade de o relator negar seguimento a pedido ou recurso que enfrentasse súmula da própria Corte, ou do Supremo Tribunal Federal, comportando a decisão monocrática recurso de agravo a ser interposto no prazo de cinco dias.

Com a Lei 9.756/98, foi acrescido § 1º - A ao art. 557 do CPC, estendendo-se tal prerrogativa aos demais tribunais, igualmente com a previsão de agravo, o qual, se manifestamente inadmissível ou infundado, ensejará a imposição de multa ao agravante.

Até este instante focalizamos a importância das orientações pretorianas reiteradas à luz da legislação ordinária. Impende agora uma abordagem descritiva com suporte constitucional.

Nesse campo, principia-se com a Emenda Constitucional 16, de 26-11-65, instituidora da jurisdição constitucional concentrada perante o Supremo Tribunal Federal,

a ser materializada por meio do ajuizamento de representação de inconstitucionalidade. O instituto fora mantido nas Constituições de 1967 (art. 116, I, I) e de 1969 (art. 119, I, I).

O efeito da decisão quando do reconhecimento da incompatibilidade vertical é *erga omnes*. A evolução jurisprudencial, tomado como parâmetro parecer da Comissão de Regimento do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Moreira Alves<sup>36</sup>, deixou claro que a comunicação ao Senado Federal, para o fim de que este procedesse à suspensão da eficácia da norma impugnada, somente seria necessário se a inconstitucionalidade fosse pronunciada em via de exceção. Cuidando-se, ao revés, de representação, tal efeito seria imediato à comunicação da autoridade de onde emanara a lei ou regulamento objeto do questionamento.

Outro ponto a ser mencionado foi a inovação trazida pela Emenda Constitucional 07/77, ao prever, na segunda parte do art. 119, I, I, da Lei Fundamental pretérita, a representação para a exegese de lei ou ato normativo federal ou estadual. A disciplina do novo instituto constou do Título VI, Capítulo II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tendo o seu art. 187 disposto que, uma vez fixada a interpretação em causa, esta terá força vinculante para todos os efeitos.

A Constituição de 1988, a despeito de não mais se referir à representação interpretativa, manteve, fazendo as vezes da representação de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade, outrora monopólio do Procurador-Geral da República, fora sensivelmente ampliada (art. 103, I a IX, CF). Persistiu o efeito *erga omnes*, independente da suspensão da norma impugnada pelo Senado Federal.

Passado quase um lustro, foi promulgada a Emenda Constitucional 03/93, com a inclusão, no art. 102, § 2º, da CF, da ação declaratória de constitucionalidade, sendo expresso o dispositivo em se reportar, como sendo entidades diversas, a eficácia contra todos e efeito vinculante.

Esse *discrímen* fora, no plano doutrinário, captado pelo Ministro Moreira Alves<sup>37</sup>, ao assentar que a decisão de procedência, proferida em ação direta de inconstitucionalidade, somente possui eficácia *erga omnes*, não tendo, assim, efeito vinculante. Importa dizer que a aplicação de lei declarada inconstitucional, pela Administração ou pelo Judiciário, dará margem apenas a que o prejudicado busque a invalidação do ato administrativo, ou se valha do recurso cabível, nos termos da lei processual.

Diferentemente, em conseqüência do efeito vinculante, o deliberado pelo Supremo Tribunal Federal, na declaratória de constitucionalidade, deverá ser seguido pelos órgãos do Executivo e do Judiciário, e, caso tal não aconteça, poderá o interessado dirigir reclamação à Suprema Corte, a qual, reconhecendo a indevida contrariedade, cassará o ato, administrativo ou judicial.

Arguta, por outro lado, a observação de Gilmar Ferreira Mendes<sup>38</sup>, tomada a partir tanto da estrutura da fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito alemão, mais precisamente com fulcro no § 76 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, quanto das primícias históricas de nossa experiência no assunto, no sentido de que aquela pode ser manejada como instrumento de defesa da Constituição, afastando as normas que são contrárias a ela, sem que fique obstada a sua função de segurança jurídica, com vistas a espancar dúvidas acerca da constitucionalidade da norma.

Descrevendo o debate, demonstra o autor que, durante a vigência da representação de inconstitucionalidade, reconheceu-se, apesar do termo empregado pelo Constituinte, a existência de processo de natureza *dúplice* e *ambivalente*, ilação desfeita com o julgamento da Rp. 1.349 – DF<sup>39</sup>.

Caso a Excelsa Corte tivesse manifestado outra orientação, o que seria bem mais correto e prático, seria *despicienda* a criação de ação específica para o exame de pedido de declaração de constitucionalidade. Simplesmente bastaria que o autor da ação,

à época o Procurador-Geral da República, emitisse, quando do encaminhar ao Supremo Tribunal Federal das representações que lhe fossem dirigidas, pronunciamento opinativo pela improcedência do pleito.

A rejeição da inconstitucionalidade implicaria, desse modo, a produção do reconhecimento, com eficácia *erga omnes*, da constitucionalidade da norma impugnada.

Não olvidável a opinião de Raul Machado Horta<sup>40</sup> que, pervagando a linha exposta por Gilmar Ferreira Mendes, foi mais incisivo afirmando que, até a Emenda Constitucional 03/93, o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal já se encontrava presente, embora somente a partir daquele momento integrasse o texto da Constituição.

Com carradas de razão, o mestre mineiro visualizou a força vinculativa das decisões proferidas na jurisdição concentrada como corolário lógico da competência suprema do Tribunal da Constituição. Invoçando Kelsen, assentou que tal efeito se traduz na nota justificadora da concentração do controle da constitucionalidade.

Desnecessária, então, a criação da ação declaratória de constitucionalidade, o que, com a máxima licença, poderia ter sido obviado pela construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

A querela doutrinária perdeu seu objetivo primordial. A novel Lei 9.868, de 10-11-99, equiparou, quanto aos seus efeitos, as decisões que reconheçam a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Leia-se o prescrito pelo seu art. 28, parágrafo único:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Não se me antolha, quanto à ação direta de inconstitucionalidade, tenha o legislador pervagado a senda do excesso de poder legislativo. Pelo contrário, atuou dentro de padrões razoáveis, perfilhando opção sustentada doutrinariamente.

Portanto, enfocando-se tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade, gostaria de precisar, novamente com achegas em Gilmar Ferreira Mendes, anteriormente dirigido à última delas, duas observações: a) a extensão, entre nós, da orientação do Tribunal Constitucional tedesco, derivada do § 31 da sua Lei Orgânica, do efeito vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas aos seus fundamentos determinantes; b) no plano subjetivo, tal como resulta do texto introduzido pela Emenda Constitucional 03/93, abrange somente os órgãos do Judiciário, exceto o próprio Supremo Tribunal Federal, e a Administração Pública, não produzindo efeitos quanto ao Legislativo, ao contrário do sistema germânico<sup>41</sup>.

À derradeira, tem-se a argüição de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, a ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal ação recentemente foi objeto de disciplina com a Lei 9.882, de 03-12-99, cujo art. 10, § 2º, é expresso em enunciar que a decisão a ser proferida terá eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Público, inclusive comportando, caso venha a ser descumprida, a proposição de reclamação, na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 13).

Não enxergo inconstitucionalidade nessa previsão. É certo que o efeito vinculativo não decorre, às expressas, da Lei Fundamental, mas não menos correto dizer-se que esta autorizou o legislador a fazê-lo quando da regulamentação do instituto.

Além disso, como afirmado linhas atrás, com base no magistério de Raul Machado Horta, a índole de jurisdição constitucional concentrada portada pela medida impli-

tamente respalda a eficácia vinculante.

Por seu turno, o art. 11 da Lei 9.882/99 permite ao Supremo Tribunal Federal, quando a decisão importar na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, restringir, fundado em razões de segurança jurídica, ou de excepcional interesse público, e pelo voto de dois terços dos seus membros, os efeitos da medida, facultando, assim, a afastar, conforme o caso, o seu traço de vinculação.

Excita a curiosidade a circunstância de que o legislador aqui elencou, à guisa de destinatários do efeito vinculante, os demais órgãos do Poder Público, exceto, é óbvio, o próprio Supremo Tribunal Federal. Há, à primeira vista, espaço a que se defenda a sua aplicação ao Legislativo, a exemplo do que sucede com o constitucionalismo alemão. O assunto, certamente, será alvo de maior desenvolvimento jurisprudencial.

Daí se percebe a existência, no direito posto, do malsinado efeito vinculante, só que limitado às decisões proferidas nas ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

### *5. A opção pela vinculação: óbices e vantagens*

Descrito o panorama em nível de direito vigente, voltaremos nossos cuidados ao balanceamento entre as utilidades e desvantagens que a adoção da vinculação dos precedentes, quer na forma já presente, quer como proposto em nível de reforma constitucional, poderá acarretar frente aos cidadãos brasileiros, recipiendários da distribuição de justiça.

A doutrina se apresenta em aberta divisão. Favoravelmente ao instituto, embora com algumas ressalvas quanto a peculiaridades das propostas de mudança constitucional, podem-se alinhar as opiniões de Miguel Reale<sup>42</sup>, Carlos Mário da Silva Velloso<sup>43</sup>, Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>44</sup>, José Augusto Delgado<sup>45</sup>, Walter Nunes da Silva

Júnior<sup>46</sup>, Carreira Alvim<sup>47</sup>, Calmon de Passos<sup>48</sup>, Edgard Silveira Bueno Filho<sup>49</sup>, Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>50</sup>, Fernando da Costa Tourinho Neto<sup>51</sup>, Ivan Lira de Carvalho<sup>52</sup> e Saulo Ramos<sup>53</sup>.

Em sentido oposto, colhemos as ensinanças valiosas de Evandro Lins e Silva<sup>54</sup>, José Celso de Mello Filho<sup>55</sup>, Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>56</sup>, Luiz Flávio Gomes<sup>57</sup>, Valmir Pontes Filho<sup>58</sup>, Dalmo de Abreu Dallari<sup>59</sup>, Pestana de Aguiar<sup>60</sup>, Dínio de Santis Garcia<sup>61</sup>, Vicente de Paula Maciel Júnior<sup>62</sup> e Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>63</sup>.

Descrita, em rápida passagem, a situação em que se encontra a doutrina nacional, ousamos manifestar ponto de vista favorável à vinculação precedencial, opondo-se, mais adiante, alguns temperamentos em relação aos modelos em tramitação no Congresso.

O sistema do *stare decisis*, não se pode notar, produz valiosos resultados em prol dos jurisdicionados. Em primeiro lugar, a utilização dos precedentes implica assegurar-se a concretização do ideal de certeza do direito, de maneira que se pode antever, dadas as particularidades dos litígios, qual a solução a ser adotada pelo Judiciário.

Isso homenageia um dos princípios mais caros ao Constituinte, quando da estruturação do sistema jurídico nacional, qual seja o da segurança jurídica.

Noutra vertente, o efeito vinculante responde, perante a sociedade de massa, em que um só comportamento poderá afetar a esfera subjetiva de inúmeras pessoas, à exigência de se assegurar a igualdade de tratamento em hipóteses iguais.

A isonomia, é bom que se diga, constitui meta primordial de qualquer Estado que se organize sob as vestes democráticas, sem contar que se cuida de modelo de justiça aspirado desde as origens mais remotas da civilização.

Emerge, na qualidade de uma das pilstras estruturantes do ordenamento brasileiro (art. 5º, *caput*, I, CF), como emanção do Estado Democrático de Direito que o Cons-

tituinte se propôs a realizar (art. 1º e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

No particular da igualdade, dois exemplos, entre uma variedade, podem ser citados. De logo, evoca-se o questionamento envolvendo a auto-aplicabilidade, a partir de 1988, do disposto no art. 201, §§ 5º e 6º, da Constituição, segundo os quais, além de nenhum benefício substitutivo do rendimento do trabalho poder alcançar importância inferior ao salário mínimo vigente, a gratificação natalina dos aposentados e pensionistas deverá corresponder à prestação percebida pelo beneficiário no mês de dezembro do ano respectivo. A previdência social entendeu que tais direitos somente poderiam ser exigidos após a edição de lei regulamentadora, o que somente ocorreu com a Lei 8.213/91.

Pois bem. Ajuizadas em torno de um milhão de demandas no país, os Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 5ª Regiões deliberaram pelo reconhecimento do direito desde a promulgação da Lei Básica, ou seja, desde 05-10-88. Diferentemente, prevaleceu nos Tribunais Regionais Federais da 1ª e 4ª Regiões o ponto de vista de que haveria necessidade de lei para a aplicação dos dispositivos constitucionais, sendo, portanto, julgados improcedentes os pleitos de pagamento de diferenças em atraso. Muitas dessas decisões não foram objeto de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, transitando em julgado, em sua maioria, no segundo grau de jurisdição.

Por volta de julho de 1992, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão, consolidou orientação favorável aos titulares de benefícios pagos pela previdência social.

Isso significou o reconhecimento do direito postulado pelo órgão competente para dizer a última palavra em litígios da espécie, relacionados com a busca do sentido e alcance da Constituição.

No entanto, milhares de beneficiários não fizeram *jus* à vantagem solicitada, provocando, sob a face da igualdade, uma tremenda injustiça.

Outra questão diz respeito ao reajuste, bastante comentado perante o noticiário, do percentual de 28,86%, devido aos servidores públicos federais do Poder Executivo, tendo em vista tal vantagem haver sido deferida àqueles pertencentes dos quadros castrenses e dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Ocorrido o fato no primeiro trimestre de 1993, muitas demandas foram ajuizadas perante a Justiça Federal de primeiro e segundo grau, tendo a maior parte delas obtido desenlace desfavorável, sem que, igualmente, fosse interposto recurso para o Supremo Tribunal Federal. Este, em decisão do início de 1997, divergindo da maioria dos tribunais regionais federais, propendeu pelo cabimento do reajustamento.

Mais uma vez, muitos servidores se viram prejudicados, haja vista o trânsito em julgado de decisões em sentido contrário. Novamente desprezado o cânon do tratamento isonômico.

Ainda no plano exemplificativo, invoque-se a impugnação à constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro, instituída pela Lei 7.688/89. As cortes regionais se dividiram no trato do tema, havendo uniformização na direção de sua legitimidade, ora em sentido adverso.

Levada a controvérsia ao descortino do Supremo Tribunal Federal, este rechaçou todas as inconstitucionalidades alegadas em detrimento da exceção, exceto quanto à sua cobrança com relação ao lucro apurado no último trimestre do exercício de 1988.

Algumas empresas obtiveram ganho de causa em segundo grau de jurisdição, sem que fosse interposto pela fazenda nacional o recurso extraordinário, ou, deduzido este, não merecera conhecimento em virtude de óbice formal inerente ao processamento de tal irresignação.

O certo é que poucas empresas, em detrimento da grande maioria, encontram-se exoneradas do pagamento do tributo, sem contar o prejuízo estatal (*rectius*, da sociedade) quanto ao financiamento da seguridade social.

Visto isso, acrescenta-se que o efeito vinculante se justifica pela necessidade de coerência das orientações jurisprudenciais, de sorte que somente poderão ser alteradas quando houver relevante motivo.

Ademais, não posso perder a lembrança do afirmado por José Augusto Delgado<sup>64</sup> quando, a pretexto de justificar a sua simpatia pelo tão amaldiçoado instituto, invocara, em desfavor de pruridos doutrinários, o ideal, atualmente cristalizado como sentimento idílico da sociedade brasileira, do acesso à justiça, a propiciar que a prestação jurisdicional perseguida pelo cidadão seja, com segurança e rapidez, tornada realidade.

Igualmente, trouxe à ribalta, para respaldar a aplicação, até como experiência, da súmula vinculante, outro valor de relevo, consistente na efetividade do processo, de modo a permitir que o Judiciário cumpra a sua missão nuclear de distribuir justiça, a quem desta necessita, sem distanciamento dos padrões que a sociedade reputa justos.

Como bem demonstrou a menção a vasta literatura jurídica, não desconheço que a vinculação enfrenta resistências, algumas das quais fortemente aparelhadas.

Álvaro Melo Filho<sup>65</sup>, por exemplo, compilou, para fins de meditação, trinta e três argumentos contrários às chamadas decisões vinculantes, sendo certo que muitos daqueles nada mais são do que desdobramentos de obstáculos providos de maior generalidade.

Em seu trabalho, Luiz Flávio Gomes<sup>66</sup> arrolou quatorze razões pelas quais se deve recusar o instituto.

Não constitui pretensão deste breve escrito, no que concerne aos pontos adversos da vinculação, proceder a uma abordagem exaustiva. Concentraremos nossas atenções sobre cinco aspectos, quais sejam: a) a afronta à separação de poderes; b) o aniquilamento da independência judicial; c) a petrificação do direito; d) a violação ao juiz natural; e) a incompatibilidade do instituto com os sistemas da família romano-germânica.

Diz-se que, com a interpretação das leis e da Constituição com caráter geral, vinculativo, o Judiciário passaria a legislar, ofendendo-se a separação de poderes, cultuada como princípio fundamental do Estado brasileiro pelo art. 2º da Constituição.

Não deve ser acolhida a assertiva. Conspiração peculiar da doutrina constitucional que o traspasse do estado liberal ao estado social, consumado no primeiro quartel do século XX, trouxe como consequência a reformulação do revestimento original da teorização tributada a Montesquieu. A lenta movimentação do Parlamento em contraposição às novas situações emergentes da vida social, cada vez inçada de maiores complexidades, veio retirar a condição de passividade do magistrado.

Inegável, portanto, o papel criador do juiz, fortemente acentuado com a atividade das cortes constitucionais do segundo pós-guerra.

Após reconhecer a inevitabilidade da função criadora do julgador hodierno, Cappelletti<sup>67</sup>, em brilhante distinção, apartou, com base nas diferenças entre os processos legislativo e jurisdicional, a criatividade judicial da atividade de fazer leis. O diferencial reside, portanto, na conexão da atividade decisória com a solução de casos concretos, bem como na atitude de imparcialidade do juiz.

Uma consideração emanada do direito estrangeiro serve, a mancheias, para que, de uma vez por todas, seja o obstáculo refutado. Um dos países cuja Constituição, formalmente vigente até os dias atuais, traça modelo aproximado da tradicional separação de poderes é a dos Estados Unidos da América. E o que mais chama a atenção é a ênfase, já objeto de menção, ofertada à reserva da função de legislar pelo Parlamento, ao ditar, no Artigo I, Seção I, da Constituição de 1789, que todos os poderes legislativos por esta conferidos são atribuídos ao Congresso, composto pelo Senado e pela Câmara dos Representantes.

Isso não impediu que a base do sistema jurídico norte-americano se centrasse na cri-

ação pretoriana, a partir de decisões vinculantes, fenômeno capitaneado pela Suprema Corte.

Em nenhum momento, a separação de poderes, justamente em virtude dessa singularidade, atingira níveis agudos de periclitância.

Enganosa a argumentação de que a possibilidade de decisões vinculativas, só por só, poderá traduzir coartamento da independência judicial. Até admito que a forma como tal sistemática for introduzida poderá resultar em desrespeito à liberdade de decidir do magistrado.

Ao revés, o que precisa ficar claro é o fato de a liberdade de decidir, insita ao membro do Judiciário, não ir ao ponto de representar vassalagem à arbitrariedade. Conforma-se, antes, com balizas, entre as quais a lei e a Constituição. Nenhum atentado grave resultaria de que tais lindes também lhe fossem impostos pela exegese dos textos legais e constitucionais realizada pelos tribunais superiores, contanto que fosse assegurado a cada juiz o direito de, mediante plausível justificativa, perfilhar nova solução para determinada espécie de conflito de interesses.

Em terceiro lugar, risível o raciocínio de que o efeito vinculante petrificaria o direito. Quando se pretende adotar a vinculação dos precedentes, parcela do momento vivenciado pelo fetichismo reformador que impregna o país, não se quer dizer que tais decisões permaneçam, pela eternidade, imutáveis.

O modelo haverá de tomar cautelas para que, em caso de injustiça, ou de sensível mutação nas exigências da vida coletiva, possam os tribunais perfilharem orientação mais consentânea com a atualidade. Idem quando o mesmo assunto é novamente submetido à apreciação do tribunal sob outros fundamentos.

Mostra lapidar é a evocação, mais uma vez, da praxe norte-americana calcada precisamente no labor da Suprema Corte. Esta, no curso de sua história, jamais deu azo à estagnação das idéias consagradas em seus

juízes, apesar da carga vinculativa que portam.

Dois exemplos permitirão, com certeza, a compreensão do leitor de que o efeito vinculante não quer dizer estorvo à evolução do pensamento jurídico. Conforme descrito por Christopher Wolfe<sup>68</sup>, a partir da última década do século XIX, a Suprema Corte desenvolveu, com arrimo na Décima Quarta Emenda à Constituição de 1789, a teoria do devido processo legal econômico, com vistas a resguardar da intervenção do Estado a liberdade de contratar, ameaçada pelo crescimento paulatino da esfera da vida social abrangida pela legislação.

Entre muitas, resultaram inconstitucionais: a) lei do Estado de Louisiana, a qual impunha restrições sobre contratos de seguros celebrados em outros Estados (1897, *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578); b) lei do Estado de New York, responsável por estatuir a redução do horário de trabalho dos empregados em padarias, que não poderia ultrapassar sessenta horas semanais e dez horas diárias (1905, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45); c) lei do distrito de Colúmbia que instituía salário mínimo da trabalhadora do sexo feminino (1923, *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525).

A jurisprudência refletia, no plano jurídico, o pensamento sustentado pelo modelo econômico do *laissez-faire*, dominante à época.

Ocorrida a crise de 1929, o grande país do norte passou a vivenciar, na década seguinte, os efeitos de grande depressão econômica, tendo o Governo de Franklin Roosevelt, para que a situação fosse enfrentada, lançado mão de plano econômico denominado de *New Deal*.

A Suprema Corte não pode ficar alheia aos novos acontecimentos. Louvados na opinião de Holmes, que durante décadas se opôs à filosofia do *laissez-faire*, juízes da estatura de Benjamin Cardozo e Roberts iniciaram a transformação, de modo que, em 1934, no caso *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502), foi validada lei que fixava os valores

máximos e mínimos do leite, com o reconhecimento do poder estatal para regular preços.

Três anos seguintes, essa posição fora definitivamente sedimentada no julgamento do caso *West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397), em que se assentara que a liberdade de contratar não é ilimitada, podendo sofrer condicionamentos legislativos em prol do bem-estar público.

O outro fato pelo qual se conclui que efeito vinculativo e progresso evolutivo do direito não são antagônicos foi a radical mudança do federalismo norte-americano, passando do modelo clássico, previsto na Décima Emenda (texto aprovado em 25 de setembro de 1789), para o de cooperação, sem que, para tanto, fosse necessária alteração constitucional formal, como nos exemplos da Áustria de 1920 e da Alemanha de 1949.

Para que esta pesquisa não se torne demasiado longa, tem-se que a forte carga criativa da Suprema Corte pode ser inferida da leitura de Lêda Boechat Rodrigues<sup>69</sup>.

De notar que o próprio Supremo Tribunal Federal, tido como conservador pelos que se julgam comprometidos pela senda do avanço, já, em várias oportunidades, alterara o entendimento perfilhado em sua jurisprudência remansosa. Podem-se citar os recentes cancelamentos das Súmulas 394<sup>70</sup> e 577<sup>71</sup>, relativas à competência por prerrogativa de função e à exigibilidade do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro.

Discorrendo sobre a possibilidade de estagnação do direito, receio expressado pela classe dos advogados, segura a declaração do mestre Miguel Reale:

“Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim a sua dinâmica e prudente concreção”<sup>72</sup>.

A ofensa ao juiz natural é de ser afastada. A uma, porque, segundo o arquétipo que defendo, o magistrado monocrático, quase sempre o primeiro a tomar conhecimento dos

litígios, poderá ter a liberdade de seguir entendimento outro que não o constante da posição prevalecente, desde que, por meio de sólida motivação, demonstre a não mais adequação do precedente à realidade.

A outra, como bem resulta da exposição, deveras fulgurante, feita pelo mestre Calmon de Passos<sup>73</sup>, os precedentes vinculam em razão do modo de operatividade do sistema judiciário, sem que para tanto haja necessidade de previsão expressa. É que ao Supremo Tribunal Federal a Constituição deferiu o mister de velar pela autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da *Lex Mater*. Da mesma forma, ao Superior Tribunal de Justiça quanto à lei federal. Isso já mostra que o intérprete natural de tais normas, com o encargo de cometer o último equívoco, são as referidas cortes.

Sobremodo tibia a opinião construída em volta de uma suposta incompatibilidade do *civil law*, a que mais se aproxima o nosso direito, com a vinculação dos precedentes. Para afastá-la, basta que se remeta à leitura dos itens 3 e 4 deste estudo, nos quais é descrita a experiência dos países da denominada família romano-germânica com o assunto, bem como o seu desenvolvimento no direito brasileiro.

### 6. À guisa de conclusão: uma análise das propostas em tramitação congressual

No presente trabalho, procedeu-se a uma descrição do *stare decisis*, tal como é objeto de culto pelo *common law*, mais precisamente à luz do vivenciado na Inglaterra, país de sua origem, e nos Estados Unidos, fruto mais notável do esforço colonizador levado a cabo por aquele país.

Disso não acarretou que ficasse esquecido comentário acerca da influência, considerável por sinal, desfrutada pela força dos precedentes perante os sistemas filiados à família romano-germânica, principalmente em decorrência do fecundo labor das cortes constitucionais do segundo pós-guerra.

Embora aparentando diferenças frente aos moldes do *common law*, pôde-se enumerar o praticado: a) na Itália, por meio das *sentenze di accoglimento* de arguição de inconstitucionalidade; b) na Alemanha, em face da dição expressa do art. 94.2. da Constituição de 1949, a abranger tanto as situações de reconhecimento da constitucionalidade quanto da ilegitimidade constitucional; c) em solo lusitano, no que concerne às sentenças declarativas de inconstitucionalidade, proferidas pelo Tribunal Constitucional, dotadas, nos termos do art. 282º/1 da Constituição da República Portuguesa, de vinculação geral e força de lei, sem obscurecer o domínio, até recentemente, dos assentos do plenário do Supremo Tribunal de Justiça; d) na Espanha, quer por força do recurso de cassação, a cargo do Tribunal Supremo, quer em virtude das decisões do Tribunal Constitucional, cujas deliberações, na qualidade de intérprete da Lei Maior, hão, *ex vi* da LOPJ, de lograr consideração pelos demais juízes e tribunais ordinários; e) no solo francês, em que, apesar de formalmente o direito somente resultar do legislativo, sem a participação do juiz, a atividade criadora deste é, de fato, bastante relevante tanto no direito privado (Corte de Cassação) como no direito administrativo (Conselho de Estado).

No curso do enfoque, sublinhou-se não haver o Brasil, tradicionalmente jungido aos institutos do direito romano, permanecido inteiramente afastado do precedente. Primeiramente, quando possessão portuguesa se submetera aos assentos da Casa de Suplicação, previstos nas Ordenações Manuêlinas e Filipinas, que aqui tiveram larga vigência, atribuição, no Império, conferida ao Supremo Tribunal de Justiça, que dela não fez uso.

Abolido o instituto pela República, foram engendradas outras alternativas, sem a coercitividade dos assentos, como: a) o prejulgado, consagrado pelas legislações processuais de vários Estados e, durante a vigência da Constituição de 1937, pelo Códig-

go de Processo Civil de 1939; b) as súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, mediante emenda regimental de 1963; c) a uniformização de jurisprudência com o novo Código de Processo Civil.

A previsão, na seqüência evolutiva do sistema pátrio de controle da constitucionalidade, das ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e da argüição de violação a preceito fundamental originou, pela via legal (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único; Lei 9.982/99, art. 10, § 2º), a contemplação de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em tais feitos, desde que, tomadas por maioria absoluta, envolvam reconhecimento de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Com isso, podem ser deduzidos alguns remates. O primeiro destes está em que, ante as Leis 9.868/99 (art. 28, parágrafo único) e 9.982/99 (art. 10, § 2º), cujas disposições, no particular do tema tratado, não enveredaram pelo vício do excesso de poder legislativo, é de se reconhecer, de logo, a acolhida, em nossa ordem jurídica, do efeito vinculante antes mesmo da aprovação das reformas constitucionais em andamento.

Em segundo lugar, palmar a perda de objeto, no particular, da PEC 96 – E/92. É que esta, elaborada antes da Emenda Constitucional 03/93, almejava dotar de condão vinculativo as decisões, de procedência ou improcedência, proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, tornando desnecessária até a instituição da tão vociferada ação declaratória de constitucionalidade<sup>74</sup>. O legislador, agindo em conformidade com a Lei Maior, atuou de maneira mais célere.

Passemos à PEC 54/95. Inicialmente, merece elogios a circunstância de que a vinculação não se tenha limitado à matéria constitucional, cujo custode-mor é o Supremo Tribunal Federal. Busca projeção também frente às deliberações pelos Tribunais Superiores, no que concerne à interpretação da lei federal.

Idéia salutar, pois, embora tenhamos uma constituição analítica, não se pode sonhar que a maioria das controvérsias se encerram mediante a interpretação de textos legais e não constitucionais, máxime quando se sabe que o Supremo Tribunal Federal somente conhece de controvérsias quando há ofensa frontal, e não mediata, à Lei Magna.

Quanto às decisões transitadas em julgado anteriormente à súmula, deverão comportar, desde que a esta contrárias, o ajuizamento, sem limite de tempo, de ação rescisória. O postulado da isonomia tornará inelutável alteração na lei processual.

Não faz redução material a dita eficácia. Pode-se salientar, por exemplo, uma incompatibilidade da vinculação com o direito penal. Penso que tal não é decisivo, porquanto há conflitos de índole criminal a ostentar natureza eminentemente objetiva, tais como o de saber se a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva ou a executória, se o estelionato absorve a falsidade utilizada para a sua prática, etc. Prova disso está calcada no bom número de súmulas editadas, a esse respeito, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>75</sup>.

Também o direito de família seria, à primeira vista, um campo não propício para o instituto, haja vista competir ao magistrado, diante das peculiaridades das situações que lhe são trazidas, adotar solução equitativa, fora das rígidas regras legais.

Mesmo assim, penso que bem atuara o projeto, deixando aos tribunais a difícil tarefa de, caso a caso, deliberar se o assunto discutido comporta ou não o efeito vinculante.

Aspecto de louvor é que, ao contrário do sistema então vigente, a força obrigatória das decisões do Supremo Tribunal Federal será estendida também às decisões interpostas em processos de fiscalização concreta da constitucionalidade (recursos extraordinários, mandados de segurança, ou embargos de divergência), cujo julgamento esteja afetado ao plenário, os quais constituem o maior número dos feitos carreados à Excelsa Corte.

Outro ponto favorável e que, certamente, iria aplacar a ira daqueles que, com verbosidade ácida, combatem o instituto é a restrição de que a súmula vinculante somente abrangerá a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais pende controvérsia atual, no âmbito judicial, ou neste e na Administração Pública, hábil para fomentar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de feitos em que suscitada questão idêntica. Apenas há que se atentar para que não se confira ao adjetivo grave o significado extremado de crise extraordinária.

Em nossa modesta opinião, a vinculação deverá ser capaz de atingir não somente a parte dispositiva do julgado, mas também os fundamentos da decisão. É que estes fixam a orientação do tribunal acerca da interpretação de um determinado instituto jurídico, possibilitando, inclusive, a sua aplicação em outras situações de conflito de interesses que envolvam o mesmo tema.

Isso contribuiria para a melhora da força que os precedentes vêm obtendo na prática, em que os tribunais, ao se defrontarem com uma pleora cada vez maior de feitos, procedem, em muitas oportunidades, à aplicação das orientações jurisprudenciais de forma mecânica, sem correspondência entre a motivação destas e as peculiaridades dos casos similares trazidos a julgamento.

Todavia, devo salientar ser melhor deixar a resolução sobre o alcance da respectiva súmula a critérios estatuídos pelos seus órgãos prolores, quer seja o Supremo Tribunal Federal, ou os Tribunais Superiores.

Correta a previsão de reclamação para que a corte, de onde proveio a orientação sumulada, julgando-a procedente, anule o ato administrativo, ou reforme decisão judicial, proferidos em manifesta contrariedade à súmula. Não existindo tal possibilidade, periclitarão os conaturais resultados a serem produzidos pelo instituto.

Persiste, sem dúvida, o sentimento de que a recalitrância dos magistrados dos tribunais inferiores acarrete uma sobrecarga

de reclamações nos já congestionados tribunais superiores.

Há também pontos da proposta que merecem reparos. A exigência do quorum de três quintos dos membros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, para aprovação ou cancelamento da súmula, é apta a provocar séria ameaça ao prestígio do instituto. Isso porque, em parte ponderável dos conflitos interpretativos, essa maioria qualificada não é possível de ser obtida, situação que se agrava quando se constata que, no Superior Tribunal de Justiça, nem todos os seus integrantes compõem a chamada Corte Especial. Melhor seria optar pela maioria absoluta do plenário ou respectivo órgão especial.

Também se nos afigura negativa a previsão, no texto constitucional, do procedimento a ser observado para o cancelamento da súmula vinculante. De imediato, salta aos olhos a total impropriedade de se inserir na nossa Constituição, já abundante em normas formalmente constitucionais, o modo de superação dos entendimentos sumulados.

A exemplo do que já consta em nosso texto magno quanto à ação declaratória de constitucionalidade, da vinculação escapa o próprio tribunal que editou a súmula. Uma vez verificado que o precedente se mostra extremamente injusto, ou descompassado da realidade social, ou que a questão ainda não fora enfrentada sob outros argumentos, poderá a corte modificá-lo, até mesmo de ofício, no julgamento de recurso sobre o tema, sem que se tenha de percorrer o rígido e exclusivo procedimento preconizado pela PEC 54/95. Assim é que ocorre no *common law* e também sucedia com os assentos do reino português.

Já é suficiente previsão como a do art. 103 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a permitir a qualquer dos seus ministros submeter ao plenário a revisão de jurisprudência assentada em matéria constitucional, o que, a meu ver, não impede a iniciativa de outros interessados.

Infeliz a proposta de que a reiterada inobservância da súmula gere, em detrimento do magistrado de grau inferior, o cometimento de crime de responsabilidade, pois tal equívale à tipificação daquilo que, em episódio registrado pela historiografia forense, ficou conhecido como crime de hermenêutica<sup>76</sup>.

Haverá, com a ressalva de opiniões respeitáveis<sup>77</sup>, flagrante atentado à garantia da imparcialidade do julgador, alicerce do devido processo legal. Idem à independência do poder judicial, consagrada como princípio fundamental de nosso Estado Democrático de Direito no art. 2º da Norma Ápice.

Bem mais condizente é a adoção de penalidades para aqueles que, ao se utilizarem do direito de recorrer, laborarem em manifesta oposição à súmula vinculante, como já previsto nos arts. 538, parágrafo único, e 557, § 2º, ambos do CPC, ao depois de suas redações haverem sido alteradas pelas Leis 8.950/94 e 9.756/98. Não descartar a cominação de multas em percentuais mais elevados do que os já existentes.

### Notas

<sup>1</sup> Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico; efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 78-79.

<sup>2</sup> Complementando a informação, Sálvio de Figueiredo Teixeira (As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 142-161, jul./dez. 1998, p. 146) aduz que, no ano seguinte, esse volume fora elevado para 102.054 feitos distribuídos. O mais grave, diz o autor, é que, não obstante o acesso à Corte, mediante recurso especial, somente ser concebível nas limitadas hipóteses do art. 105, III, letras a/c, da CF, mais de 95% dos agravos contra a não admissão do recurso são desprovidos, proporcionando agravos regimentais e embargos de declaração.

<sup>3</sup> Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, a. 61, v. 208, p. 15-18, out./dez. 1964.

<sup>4</sup> A esta estão apensadas as PEC's 112 - A/95 (prevê sistema de controle do Poder Judiciário, tendo como primeiro subscritor o Deputado José Genoíno), 127 - A/95 (proveniente do Deputado

Ricardo Barros, visa alterar o art. 93, VI, da CF, trazendo apensa a PEC 215/95, do Deputado Mateus Schmidt, a prever a possibilidade de jubilação às juízas com menor tempo de serviço), 368 - A/96 (oriunda do Poder Executivo, atribuindo à Justiça Federal competência para o processo e julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos) e 500 - A/97 (propõe a atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade).

<sup>5</sup> A expressão *common law* é, com frequência, utilizada em três sentidos: a) numa acepção ampla, designando o sistema jurídico adotado na Inglaterra; b) em um sentido mais vasto ainda, indicando todos os países aos quais se alargou o modelo jurígeno inglês, ora por a Inglaterra havê-lo colonizado, ou sobre eles exercido ponderável influência; c) em um aspecto técnico e restrito, para expressar uma parte da ordem jurídica inglesa, em contraposição com outras duas partes (a *equity* e a *statute law*).

<sup>6</sup> *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo, Martins Fontes, 1993. p. 341-42.

<sup>7</sup> *Direito comparado*. Ed. rev. e atual. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade Direito Lisboa, 1982-1983. p. 212-13.

<sup>8</sup> Precedente judicial : a experiência americana. *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, out./dez. 1998. p. 92-75.

<sup>9</sup> Admite-se a utilização pela justiça americana, com força de persuasão, da jurisprudência inglesa.

<sup>10</sup> Precedente judicial : a experiência americana. *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, out./dez. 1998. p. 79.

<sup>11</sup> *Stare decisis*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 90, v. 327, jul./set. 1994. p. 39.

<sup>12</sup> Abarca as ordens jurídicas da maior parte dos países europeus, destes excluídas as cinco ilhas britânicas (Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte e do Sul) e os ex-integrantes da chamada "Cortina de Ferro", espalhando-se à América de base espanhola (México, América Central e América do Sul) e de base lusitana (Brasil). Acrescente-se ainda, na África, as ordens jurídicas derivadas de países francófonos e lusófonos e, na Ásia, as Filipinas, em decorrência da influência do colonizador espanhol. A grécia, cessado o jugo turco, voltou-se ao estilo da família romano-germânica.

<sup>13</sup> É sentida, nos tribunais constitucionais, uma tendência de aproximação com as cortes superiores da *common law*. As semelhanças, basicamente, estariam no(a): a) escasso número de casos julgados; b) pequeno número de magistrados; c) formação, em grande parte, por membros não egressos da magistratura de carreira.

<sup>14</sup> Lo *stare decisis* nella più recente giurisprudenza della corte costituzionale. *Giurisprudenza costituzionale*, Milano, CEDAM, a. 41, n. 2, marzo/aprile. 1996. p. 1280.

<sup>15</sup> Ibid. p. 1.297-300.

<sup>16</sup> "Tale rilievo è dovuto certamente alla consapevolezza che i giudici costituzionali hanno avuto, ed hanno, relativamente alla circostanza per cui «dall'insieme delle rationes decidendi (della Corte) nasce un diritto pretorio, con tutta l'autorità tipica di questo diritto, non certo di imporre ex lege il vincolo delle motivazioni, ma di influire sulla reale vita dell'ordinamento, affacciandosi se non alle leggi in sé, al diritto come vive e come viene usato dai giudici". (id. *ibid.*, p. 1.300).

<sup>17</sup> *Diritto Costituzionale*. 3. ed. Padova, CEDAM, 1998. p. 769.

<sup>18</sup> "perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte". (*ibid.*, p. 770).

<sup>19</sup> "Se subraya el peso del Bundesverfassungsgericht en la medida que los órganos constitucionales de la Federación y de los Länder, así como todos los tribunales y autoridades están vinculados por sus decisiones, y en que las mismas tienen fuerza de ley en cuanto afectan a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas". (La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1996. p. 842).

<sup>20</sup> La legislación. In: BENDA, Ernesto et alii. *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 1996. p. 730.

<sup>21</sup> *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1992. p. 1.079-82.

<sup>22</sup> Advirta-se, de logo, que a força de lei, de que fala o autor, não significa dotar as sentenças declarativas de inconstitucionalidade da mesma natureza das leis, uma vez aquelas não serem formalmente atos legislativos. Traduz a mensagem de que aquelas guardam certa semelhança com relação às leis.

<sup>23</sup> Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, Coimbra Editora, 1996. p. 800 e 806-808.

<sup>24</sup> Foi a hipótese do Assento de 03-05-84, revogado pela Lei 24, de 01-08-89.

<sup>25</sup> Cuidou-se do Assento de 23-04-87, declarado incompatível com a Constituição, por meio da sentença 359, de 09-07-91, tendo em vista violar o princípio constitucional da não-discriminação dos filhos nascidos fora do matrimônio.

<sup>26</sup> O instituto teve início com a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, dirigido à anulação das decisões que infringissem a chamada doutrina legal, qual seja a assentada pelo Tribunal Supremo, cria-

do pela Constituição de 1812. Atinge a jurisdição criminal em 1870.

<sup>27</sup> "si éste puede anular una ley por inconstitucionalidad ello quiere decir que su interpretación prima sobre la que haya hecho el legislador y sobre cualquier otra". (*Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987 y 1997. p. 296).

<sup>28</sup> "Officiellement, si l'on peut s'exprimer ainsi, notre droit est entièrement un droit écrit et législatif, sans participation du juge. Les règles de droit procèdent uniquement de la Constitution, des traités, de la loi, des règlements. Le juge interprète les textes et ne crée pas de règles de droit". (*Droit administratif*. Paris, PUF, 1997. p. 486-87).

<sup>29</sup> "Même en droit civil il est évident que, en fait, une partie importante des règles de droit administratif où les règles les plus importantes n'ont, le plus souvent, pas d'autre origine". (*ibid.*, p. 487).

<sup>30</sup> Vale a pena conferir pesquisa levada a cabo por Ivan Lira de Carvalho (Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997. p. 176-78), na qual são discriminados os pontos principais da vasta contribuição da magistratura para a ordem jurídica francesa.

<sup>31</sup> O uso da expressão assento, substantivo derivado do verbo assentar, decorreu da circunstância de os Tribunais Superiores não se fixarem em lugar certo, acompanhando a Corte, tanto que, no Assento n.º I ("extingue a pena da marca de ferro no rosto"), consta a indicação que fora feito em Évora, em 27-02-1523.

<sup>32</sup> Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*, a. 61, v. 208, p. 16, out./dez. 1964.

<sup>33</sup> Recurso Especial Eleitoral 9.936 – RJ, ac. un., DJU de 11-03-93.

<sup>34</sup> Não perder de alcance que o anteprojeto Buzaid almejou reviver, nos moldes vigentes em Portugal, a figura dos assentos, sendo, neste particular, alvo das mais fortes críticas.

<sup>35</sup> *Uniformização de jurisprudência*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975. p. 46.

<sup>36</sup> DJU de 16-05-77.

<sup>37</sup> O controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jul./dez. 1996. p. 131.

<sup>38</sup> A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. In: SCARTEZZINI, Ana Maria et alii. *Ação declaratória de constitucionalidade*, coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 62-78.

<sup>39</sup> Pleno, mv, rel. Ministro Aldir Passarinho, RTJ 129/41.

<sup>40</sup> Poder Judiciário. Força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. Reformulação da técnica de declaração de constitucionalidade.

*Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 18, p. 284.

<sup>41</sup> A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: SCARTEZZINI, Ana Maria *et alii*. *Ação declaratória de constitucionalidade*; coordenação de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes. 1 ed. 2. tiragem. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 102-103. O segundo remate consta no trabalho, do mesmo autor, intitulado "O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas" (publicado na revista *DCAP – Direito Administrativo Contabilidade e Administração Pública*, n. 4, abril, 1999. p. 41-43.).

<sup>42</sup> Conferência proferida no dia 07-04-99. In: *Superior Tribunal de Justiça*, 1989 – 1999; Eventos Comemorativos. Brasília, STJ, 1999, p. 94-96. Pontua o autor ser incontestável e plenamente legítimo o apanágio do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para sumular as diretrizes básicas sobre as quais não pairam dúvidas, bem com exigir dos juízos inferiores que elas sejam obedecidas.

<sup>43</sup> Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 75-87.

<sup>44</sup> As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, Brasília, v. 10, n. 2, jul./dez. 1998. p. 160.

<sup>45</sup> A súmula vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jun. 1998. p. 357.

<sup>46</sup> A posição do autor cinge-se à força obrigatória das decisões vinculativas à Administração Pública, sendo indevido que estas maltratem o livre convencimento do juiz (Uma palavra sobre a súmula vinculante, *mimeo*.).

<sup>47</sup> Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 21, n. 84, out./dez. 1996. p. 185.

<sup>48</sup> A defesa que o consagrado professor faz do instituto independe de qualquer previsão constitucional expressa, antes resultando do sistema jurídico e da função dos tribunais superiores, guardando semelhança com o ponto de vista esposado por Miguel Reale. (Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, jan./mar. 1997. p. 171-76).

<sup>49</sup> Precedentes no direito brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 10, 1995. p. 174-77.

<sup>50</sup> Apregoa a redução do efeito vinculante ao contencioso judicial administrativo e tributário e, mesmo assim, desde que tomadas as cautelas processuais indispensáveis à reabertura da discussão

de determinados temas mediante o surgimento de novos argumentos. (O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 27, p. 31).

<sup>51</sup> Efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal: uma solução para o Judiciário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 32, n. 128, out./dez. 1995. p. 185.

<sup>52</sup> Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, abr./jun. 1997. p. 182-183.

<sup>53</sup> Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 4, n. 13, jan./mar. 1996. p. 159.

<sup>54</sup> Efeito vinculante das súmulas : os assentos da casa da suplicação. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 17, n. 35, ago. 1997. p. 448-49.

<sup>55</sup> A questão judiciária. *Revista da AJUFE*, Brasília, a. 17, n. 58, mar./set. 1998. p. 18-19.

<sup>56</sup> Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 133, jan./mar. 1997. p. 63.

<sup>57</sup> Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997. p. 11-42. Não esquecer que o autor, no item 7 do seu trabalho, formula uma proposta conciliatória, de maneira a admitir o *stare decisis*, contanto que tomadas algumas precauções nas sugestões de modificação constitucional.

<sup>58</sup> Decisão vinculante. Um atentado à liberdade. *Genesis : Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, a. 4, n. 14, jul./set. 1997. p. 668-71.

<sup>59</sup> Judiciário independente e responsável. *Enfoque Jurídico*, n. 8, ago. 1997. p. 14-15.

<sup>60</sup> A súmula vinculativa como um retrocesso perante a histórica evolução da jurisprudência. *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, n. 4, abr. 1997. p. 40-47.

<sup>61</sup> Efeito vinculante dos julgados da Corte Suprema e dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, v. 734, dez. 1996. p. 40-47.

<sup>62</sup> O efeito vinculante das súmulas e enunciados. *Revista da Faculdade Livre de Direito no Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 34, n. 34, 1994. p. 170.

<sup>63</sup> Do perigo do efeito vinculativo das súmulas e enunciados. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 16, n. 27, jul. 1996. p. 324.

<sup>64</sup> A súmula vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, jun. 1998. p. 355-59.

<sup>65</sup> Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, Editora Revista

dos Tribunais, a. 22, n. 87, jul./set. 1997. p. 103-109.

<sup>66</sup> Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, a. 86, v. 739, maio 1997. p. 18-32.

<sup>67</sup> *Juízes Legisladores?*. Tradução por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999. p. 73-75.

<sup>68</sup> *La Transformacion de la Interpretacion Constitucional*. Madri, Civitas, 1991. p. 209-13, 223-26.

<sup>69</sup> *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro, Forense, 1958. p. 196-208.

<sup>70</sup> Pleno, ac. un., Questão de Ordem no Inquérito 687 – SP, rel. Ministro Sydney Sanches, julg. em 25-08-99, Informativo – STF n° 159, agosto de 1999.

<sup>71</sup> Pleno, mv, RE 193.817 – RJ, rel. Ministro Ilmar Galvão, julg. em 23-10-96, Informativo – STF n° 50, outubro de 1996.

<sup>72</sup> Conferência proferida no dia 07-04-99. In: *Superior Tribunal de Justiça, 1989 – 1999; Eventos Comemorativos*. Brasília, STJ, 1999, pp. 96.

<sup>73</sup> Súmula vinculante. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 9, n. 1, jan./mar. 1997. p. 171-76.

<sup>74</sup> Não obstante, a redação final aprovada pela Câmara dos Deputados, alterando a sistemática prevalecente até a prolação do parecer da em. relator perante a Comissão Especial, Deputada Zulaiê Cobra, aditou a menção “e nas ações declaratórias de constitucionalidade”.

<sup>75</sup> Conferir, entre outras, as Súmulas 17, 18, 40, 171, 174 e 220.

<sup>76</sup> Cuidou-se do rumoroso processo que, em 1896, a mando de Júlio de Castilhos, então governador do Rio Grande do Sul, fora movido contra o juiz Alcides Mendonça Lima, que interpretara, fora dos lindes puramente gramaticais, a lei estadual organizadora do Tribunal do Júri, havendo Rui Barbosa ocorrido em defesa do réu.

<sup>77</sup> Saulo Ramos (Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, a. 4, n. 13, 159, jan./mar. 1996) e Ivan Lira de Carvalho (Decisões vinculantes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 134, p. 163, abr./jun. 1997). Este, ao depois de enquadrar o magistrado à condição de servidor público, para fins criminais, entende que a hipótese de desobediência poderá, em tese, configurar o delito de prevaricação (art. 319, Código Penal), desde que a recusa em cumprir a orientação vinculante seja perpetrada com o elemento subjetivo do correspondente tipo. Com a devida licença, penso que tal consideração não justifica eventual quebrantamento da independência do julgador. O problema que se aponta, quando da leitura da proposta de emenda, não é o da responsabilização criminal, a qual o juiz poderá incidir na condição de cidadão ou servidor. O grave é a intenção de extensão aos demais juízes da prática de crime de responsabilidade (atualmente só cabível quanto aos ministros do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, II, da CF), infração política, a justificar providências como o *impeachment*, o que, na prática, toldaria a liberdade de pensar do magistrado.