

**EFICACIA, PODER E FUNÇÃO DAS
SUMULAS NO DIREITO BRASILEIRO**

Lenio Luiz Streck

TESE APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
DOUTOR EM DIREITO

ORIENTADOR: Prof. Dr. Leonel Seyero Rocha

FLORIANÓPOLIS

1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIENCIAS JURIDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A TESE **EFICACIA, PODER E FUNÇÃO DAS SOMULAS**
NO DIREITO BRASILEIRO

elaborada por LENIO LUIZ STRECK

e aprovada por todos os membros da banca examinadora, foi
julgada adequada para a abtenção do título de DOUTOR EM
DIREITO.

FLORIANÓPOLIS, 8 de março de 1995.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Presidente

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior

Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt

Prof. Dr. Luciano Oliveira

Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

Orientador

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior

RESUMO

A tese analisa as Súmulas no contexto do Direito brasileiro, através de três aspectos: sua eficácia, sua função e seu poder de produzir sentidos jurídicos.

As Súmulas são o resultado da jurisprudência assentada pelos Tribunais Judiciários do País, consequência de incidentes de uniformização de jurisprudência e das decisões tomadas por unanimidade - em um julgamento - e por maioria absoluta - em dois ou mais julgamentos - pelos órgãos especiais dos citados tribunais.

O ordenamento jurídico brasileiro não confere poder vinculante e conseqüente força obrigatória às Súmulas. A tese demonstra que na prática, as Súmulas acabam por ter força vinculante e caráter *erga omnes* superiores às próprias leis emanadas do Poder Legislativo. Retoma-se a discussão, por isso, da legitimidade de o Poder Judiciário criar (ou não) Direito.

Como nosso Direito é filiado à família romano-germânica, seguindo, portanto, o primado da supremacia da lei, consoante a clara dicção do artigo 59, inciso II, da Constituição Federal, questiona-se a constitucionalidade dos regimentos internos dos tribunais do país que atribuem força vinculante às Súmulas, assim como discute-se a

(in)constitucionalidade da emenda constitucional n. 3, que introduziu a inusitada ação declaratória de constitucionalidade em nosso sistema.

A tese demonstra que as Súmulas exercem influência que vai dos tribunais locais até a atitude dos demais atores jurídicos. Para entender tal fenômeno, parte-se da perspectiva de que o Direito é um conjunto de símbolos normativos dirigidos a influir nos comportamentos sociais, e que tais símbolos, antes de descrever a realidade, objetivam modelá-la, calibrá-la e modificá-la. Assim, mais do que o poder de violência simbólica, as Súmulas exercem uma controlabilidade difusa sobre as instâncias inferiores do sistema. Esse controle difuso funciona como poder normativo. A Súmula tem o poder de produzir sentido e, mais do que isso, vem a ser uma metaprodução de sentido.

Na discussão da dicotomia legislação-jurisdição, a tese demonstra que as Súmulas tem a função de buscar/construir a unidade do sistema, mediante reprodução autopoietica. Como ponto de partida e ponto de chegada na (re)definição da condição de sentido das normas que compõem o ordenamento jurídico, a autopoiese resultante das Súmulas, mormente as editadas pelos Supremo Tribunal Federal, consiste na quebra e/ou negação dessa tradicional distinção.

RESUME

La thèse analyse les *Súmulas* dans le contexte du droit brésilien sous trois aspects: leur efficacité, leur rôle et leur faculté de produire des sens juridiques.

Les *Súmulas* sont le résultat de la jurisprudence établie par les instances supérieures du pays et découlent d'une uniformisation de la jurisprudence et des décisions prises à l'unanimité dans un arrêt et à la majorité absolue dans deux ou plus arrêts par les organes spéciaux des instances en question.

L'ordre juridique brésilien ne confère aux *Súmulas* aucun pouvoir de lien et aucune force obligatoire conséquente. La thèse démontre que, dans la pratique, les *Súmulas* acquièrent une force de lien et un caractère *erga omnes* supérieurs aux propres lois émanant du pouvoir législatif. D'où la reprise de la discussion de la légitimité pour le pouvoir judiciaire de créer (ou non) le Droit.

Notre Droit étant né de la famille romano-germanique et observant donc la primauté de la suprématie de la loi, clairement exprimée dans l'article 5, alinéa II, de la Constitution Fédérale, il y a remise en question de la constitutionnalité des règlements internes des tribunaux du pays qui concèdent une force de lien aux *Súmulas*, ainsi que la discussion de l'(in)constitutionnalité de l'amendement constitutionnel numéro 3 qui a introduit, et c'est une

nouveauté, l'action déclaratoire de constitutionnalité dans notre système.

La thèse démontre que les *Súmulas* exercent une influence qui engage à la fois les tribunaux locaux et les autres acteurs juridiques. Aux fins de comprendre ce phénomène, l'auteur part de l'idée que le Droit est un ensemble de symboles normatifs qui visent à influencer sur les comportements sociaux et que ces symboles, plutôt que de décrire la réalité, ont pour but de la modifier, de la jauger et de la mouler. Aussi, bien plus que le pouvoir de violence symbolique, les *Súmulas* exercent un contrôle diffus sur les instances inférieures du système. Ce contrôle diffus fonctionne comme pouvoir normatif. La *Súmula* a le pouvoir de produire un sens et, bien plus, en vient à être une meta-production de sens.

Dans sa discussion de la dichotomie législation-juridiction, la thèse démontre que les *Súmulas* ont pour fonction la recherche/construction de l'unité du système par le biais de la reproduction autopoïétique. Etant à la fois point de départ et destination de la (re)définition de la condition du sens des normes qui composent l'ordre juridique, l'autopoïèse résultant des *Súmulas*, principalement celles avancées par la Cour Suprême, consiste en la rupture et/ou négation de cette distinction traditionnelle.

RESUMEN

La tesis hace un análisis de las Súmulas en el contexto del derecho brasileño, bajo de tres aspectos: su eficacia, su función y su capacidad de producir efectos jurídicos.

Las Súmulas resultan de la jurisprudencia (assentada) por los tribunales de justicia de nuestro país, provenientes de incidentes de uniformización de jurisprudencia y de las decisiones por unanimidad - en un juicio - y por mayoría absoluta - en dos o más juicios - por órganos especiales de tribunales citados.

El ordenamiento jurídico brasileño no atribuye poder vinculador y, consiguientemente, fuerza obligatoria a las Súmulas. La tesis pone de manifiesto que, en la praxis, las Súmulas quedan con fuerza vinculadora y carácter *erga omnes* superiores a las propias leyes enmanadas del Poder Legislativo. Se vuelve a la discusión, por esa razón, sobre la legitimidad del Poder Judicial crear (o no) Derecho.

Considerando que nuestro Derecho pertenece a la rama del derecho romano-germánica, siguiendo, por lo tanto, el primado de supremacía de la ley, en los términos del art. 59, II, de la Constitución Federal, se discute la constitucionalidad de los regimientos internos de los tribunales del país que atribuyen fuerza vinculadora a las Súmulas; se discute igualmente la (in)constitucionalidad de la Enmienda Constitucional nº 3, que ha introducido la

extravagante acción declaratoria de constitucionalidad en nuestro sistema.

La tesis pone de manifiesto que las SÚMULAS ejercen influencia desde los tribunales locales hasta los entendimientos de todos los aplicadores de la ley. Para mejor comprensión del instituto, se parte de la perspectiva de que el Derecho es un conjunto de símbolos normativos destinados a influir en los comportamientos sociales que, además de describir la realidad, objetivan darle forma, medirla y modificarla. Asimismo, más que el poder de violencia simbólica, las SÚMULAS ejercen un control difuso sobre las instancias inferiores del sistema, funcionando como poder normativo. La SÚMULA tiene el poder de producir sentido y, más que eso, constituye una meta-producción de sentido.

En el planteamiento de la dicotomía legislación-jurisdicción, la tesis pone de manifiesto que las SÚMULAS tienen la función de buscar/construir la unidad del sistema, a través de la reproducción autopoietica. Como punto de partida y punto de llegada, es decir, como el marco, en la (re)definición de la condición de sentido de las normas que componen el ordenamiento jurídico, la autopoiesis resultante de las SÚMULAS, particularmente las edictadas por el Supremo Tribunal Federal, consiste en la quiebra y/o negación de esa tradicional distinción.

*Para Rosane e Maria Luiza,
com muito amor e carinho!*

"Em virtude da lei do menor esforço e também para assegurarem os advogados o êxito e os juizes inferiores a manutenção das suas sentenças, do que muitos se vangloriam, preferem, causidicos e magistrados, às exposições sistemáticas de doutrina juridica os repositórios de jurisprudência.(...)

Há um verdadeiro fanatismo pelos acórdãos: dentre os frequentadores dos pretórios, são muitos os que se rebelam contra uma doutrina; ao passo que rareiam os que ousam discutir um julgado(...).

No Brasil até quando o Judiciário invade a esfera de ação do Congresso, ou se afasta, por outra forma, dos cânones constitucionais, surge sempre forte corrente, entre os mais doutos, que pleiteia o respeito à exegese ocasional(...)".

Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*,
p.223 e 224. 3ª ed., 1947.

SUMARIO

Introdução.....	1
1.Sistemas jurídicos.....	11
1.1. O sistema jurídico anglo-americano.....	15
1.1.1.0 Direito ingles.....	15
1.1.1.1.Formação. Divisões e conceitos jurídicos Common Law e Equity.....	15
1.1.1.2.A administração da justiça inglesa. A organização judiciária.....	25
1.1.1.2.1.Tribunais superiores: o Supreme Court of Judicature.....	26
1.1.1.2.2.A Câmara dos Lordes.....	28
1.1.1.2.3.A comissão judiciária do conselho privado.....	29
1.1.1.3.Jurisdições inferiores.....	30
1.1.1.3.1.County Courts.....	30
1.1.1.3.2.Magistrates.....	30
1.1.1.3.3.Contencioso "quase judiciário".....	31
1.1.1.4.A doutrina dos precedentes obrigatórios.....	32
1.1.1.4.1.Significado e alcance da regra.....	36
1.1.2. O Direito norte-americano.....	39
1.1.2.1. Aspectos históricos:oprocesso de formação.....	39
1.1.2.1.1.Situação do Direito inglês por ocasião da revolução americana- a primeira fase.....	39
1.1.2.1.2. A segunda fase: a era do estilo formal.....	41
1.1.2.1.3. A terceira fase: a passagem do estilo formal para a era do grande estilo.....	42
1.1.2.2. A adoção do sistema da Common Law nos Estados Unidos da América.....	44
1.1.2.3. A estrutura do Direito nos Estados Unidos da América.....	47
1.1.2.3.1. A organização judiciária norte-americana.....	52
1.1.2.3.1.1.A organização judiciária dos estados membros	52
1.1.2.3.1.2. A organização judiciária federal.....	52
1.1.2.4. A jurisprudência americana: alcance da regra do precedent.....	54
1.2. O sistema romano-germânico.....	61
1.2.1. Origem.....	61
1.2.2. Primado da lei e fontes do Direito no sistema romano-germânico.....	67
1.2.3. A jurisprudência e seu alcance no sistema romano- germânico.....	71

2. O Direito brasileiro.....	75
2.1. A produção legislativa como fonte formal.....	75
2.2. A jurisprudência no Direito brasileiro.....	82
2.2.1. Antecedentes no Direito luso.....	82
2.2.2. Origem no Direito brasileiro.....	84
2.3. A jurisprudência e sua conceituação.....	89
2.3.1. A jurisprudência como fonte no Direito brasileiro.....	92
3. A uniformização da jurisprudência no Direito brasileiro.....	102
3.1. Dos assentos à uniformização da jurisprudência: breve histórico.....	102
3.2. A uniformização da jurisprudência no Direito comparado.....	106
3.2.1. No Direito português.....	106
3.2.2. No Direito italiano.....	107
3.2.3. No Direito francês.....	108
3.2.4. Em outros países.....	110
3.3. Uniformização da jurisprudência: o Direito positivo brasileiro.....	111
4. As Súmulas.....	122
4.1. Histórico.....	122
4.2. Fundamentos.....	127
4.3. As súmulas em face da teoria geral do Direito.....	133
4.3.1. Análise a partir de Hans Kelsen.....	136
4.3.2. Análise a partir de Herbert Hart.....	141
4.3.3. Análise a partir de Alf Ross.....	146
4.4. As súmulas em face da dogmática jurídica.....	150
5. A jurisprudência brasileira e suas formas de vinculação.....	161
5.1. A ação declaratória de constitucionalidade: uma inovação (in)constitucional.....	161
5.2. O artigo 38 da Lei nº 8.038/90: uma forma inconstitucional de vinculariedade da jurisprudência.....	174
5.3. O efeito vinculante nos regimentos internos dos tribunais brasileiros.....	181
5.4. A revisão constitucional de 1993: a fracassada tentativa de conceder efeito vinculante à jurisprudência e às Súmulas.....	191
6. Classificação das súmulas e sua importância no cotidiano dos tribunais.....	204
6.1. Súmulas tautológicas.....	206
6.2. Súmulas intra legem.....	213
6.3. Súmulas extra legem.....	227
6.4. Súmulas contra legem e inconstitucionais.....	242

7. O papel das Súmulas no Direito brasileiro: controlabilidade difusa, fator normativo de poder e violência simbólica.....	264
7.1. O Direito como simbolismo.....	264
7.2. O poder de controlabilidade difusa das Súmulas - uma forma de violência simbólica.....	274
Conclusão.....	299
Bibliografia.....	329

INTRODUÇÃO

Esta tese tem por objetivo a análise das Súmulas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro. As Súmulas são o resultado da jurisprudência assentada pelos tribunais do país, resultante de incidente de uniformização de jurisprudência. A inclusão de enunciados na Súmula, bem como sua alteração ou cancelamento, é feita mediante deliberação da maioria absoluta dos membros dos tribunais superiores do país. Também são transformados em Súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelos menos dois julgamentos.

É muito importante uma análise detalhada das Súmulas, pois elas têm um papel relevante na configuração da dogmática jurídica, que não tem sido devidamente considerado pela doutrina processual dominante no Brasil.

Nesse sentido, retomo a discussão que vem desde a Revolução Francesa, da separação dos poderes e da legitimidade de o Poder Judiciário criar ou não Direito.

Tema atualíssimo na doutrina estrangeira, como no caso da italiana, francesa, inglesa, norte-americana e alemã, na análise de autores como Cappelletti, Cornu, Terré, Raz, Hart, Winterston, Friedman, Dworkin e Luhmann, somente para citar alguns.

A importância da discussão é demonstrar como a Súmula - pela sua peculiaridade - fecha o sistema. Com Niklas Luhmann e utilizando sua teoria sistêmica, procura-se demonstrar como as Súmulas têm a função de buscar/construir a unidade do sistema, mediante reprodução autopoietica. Como ponto de partida e ponto de chegada na (re)definição da condição de sentido das normas que compõem o ordenamento jurídico, a autopoiese resultante das Súmulas, mormente as editadas pelo Supremo Tribunal Federal, consiste na quebra e/ou na negação da tradicional distinção entre legislação-jurisdição.

Para isso, é relevante registrar que as análises sobre o Direito geralmente têm levado em consideração, geralmente, apenas a função judicial no interior da jurisdição de primeiro grau, desprezando a importantíssima atuação dos tribunais superiores. Isso acarreta terrível incompreensão da constituição do sistema jurídico, já que estes (os tribunais superiores, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional e o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional) têm o

poder de fechar o sistema, o que não é percebido quando simplesmente se examina a figura do juiz de primeiro grau. É muito fácil reduzir-se o Direito a uma mera retórica quando se centraliza a discussão na figura do juiz singular. Na realidade, o sistema jurídico é muito mais sofisticado e complexo, e o fechamento operacional é realizado a partir do segundo e terceiros graus, através da jurisprudência, da qual a Súmula é o coroamento.

Em consequência disso, sem o estudo da jurisprudência e a função desta e em especial da Súmula, não se pode entender o funcionamento do ordenamento e do próprio sistema jurídico, que necessita, para tal, de mecanismos burocráticos, institucionais, procedimentais, para a meta-programação e, em alguns casos, para a reprogramação do Direito.

Daí a importância de uma análise da posição dos tribunais nos sistemas jurídicos e de sua jurisprudência, bem como da relevância de sua jurisprudência e seu caráter e força obrigatória/vinculante ou não. Na realidade, a intenção é destacar a importância dos tribunais dentro da democracia.

O ordenamento jurídico brasileiro não confere às Súmulas poder vinculante e conseqüente força obrigatória. A hipótese principal da tese é a de que, a despeito disso, na

prática, as Súmulas acabam por ter força vinculante e caráter *erga omnes* superiores às próprias leis emanadas do Poder Legislativo. Nessa linha, pretendo demonstrar, que existem quatro espécies de Súmulas: as primeiras, denominadas de *tautológicas*, dizem o que diz a lei; as segundas, de caráter *intra legem*, são as Súmulas interpretativas, que redefinem o conteúdo das normas nos limites da hermenêutica tradicional; o terceiro grupo é composto pelas Súmulas denominadas neste trabalho de *extralegem*, editadas para limitar o acesso das partes aos tribunais superiores através do recurso especial e extraordinário; por último, estão as Súmulas *contra legem* e inconstitucionais; inovadoras no sistema, eis que criadoras de normas com conteúdo contrário às existentes e à própria Constituição Federal.

No nosso ordenamento, formalmente, as Súmulas não vinculam os juízes, senão os próprios tribunais. E produzindo essa vinculação efeitos diretos *interna corporis*, esses efeitos, entretanto, exercem influência que vai dos tribunais locais até a atitude dos demais atores jurídicos. Para um entendimento desse fenômeno, parte-se da perspectiva de que o Direito é um conjunto de símbolos normativos dirigidos a influir, através de mecanismos unidos ao caráter persuasivo e estruturados hipoteticamente nos comportamentos dos outros, e que tais símbolos, antes de descrever a realidade, pretendem modelá-la e modificá-la. Mais do que o

poder de violência simbólica, existe uma forte controlabilidade difusa das instâncias inferiores emanada dos entendimentos sumulares emitidos pelos tribunais superiores do País.

Pretende-se demonstrar, ainda, que as Súmulas são típicas manifestações de discursos monológicos, entendidos como constituídos de uma fala já habitada e hermética, os quais, enquanto manifestações da dogmática jurídica instituída/instituente, buscam estabilizar os conflitos que chegam ao Poder Judiciário. A mi(s)tificação do uso das Súmulas resulta na supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário coercitivo, no interior do qual os conflitos sociais são resolvidos mediante *prêt-à-porter significativos*.

Em síntese, os objetivos da abordagem na presente tese visam discutir as dificuldades e refletir sobre elas, bem como examinar as barreiras que a maior parte da dogmática jurídica, ocupada com o estudo da jurisprudência e seu papel no nosso sistema, vem enfrentando no nível do estabelecimento do papel e do caráter das Súmulas em um sistema jurídico vinculado à família romano-germânica. Com Warat, parte-se da concepção de que a lei e o saber do Direito constituem um nível de relações simbólicas de poder. Essa dimensão simbólica manifesta-se através de discursos monológicos que outorgam ao conflito o sentido de uma

transgressão. Tais discursos - e as Súmulas aí se enquadram perfeitamente - contêm o princípio da estabilização do conflito. Por isso, na lei e no saber do Direito encontramos o mito de uma sociedade sem fraturas. O mito de uma sociedade coesa permite, através do Direito, a supressão simbólica da autonomia dos sujeitos, construindo-se um imaginário coercitivo. Necessita-se, desse modo, um trabalho de interrogação sobre o discurso jurídico, utilizando a lei e o saber contra eles mesmos, fazendo deles um lugar vazio, onde o homem autônomo não seja um grande transgressor, mas o protagonista que assegura a invenção que legitima a democracia.

O método utilizado é o indutivo. A metodologia baseia-se na pesquisa bibliográfica, com análise de Súmulas e jurisprudência do Direito brasileiro e alienígena. O caráter interdisciplinar da tese é dado pelas diversas áreas de interesse abrangidas, como a Teoria do Direito, Teoria Política, Filosofia, Sociologia, Direito Processual *lato sensu* e Direito Constitucional.

O trabalho desenvolve-se em sete capítulos, interpenetrados. O capítulo primeiro aborda, descritivamente, os dois grandes sistemas jurídicos de interesse da tese: o sistema da *common law* (anglo-americano) e o da *civil law* (romano-germânico).

No segundo capítulo, analisa-se o sistema jurídico vigente no Brasil, a partir da produção legislativa como fonte formal e a discussão acerca da jurisprudência ser ou não fonte de Direito no sistema brasileiro.

No capítulo terceiro, discute-se os processos e os procedimentos de uniformização da jurisprudência no Direito comparado, a partir dos ordenamentos de países como Portugal, Itália, França e outros, além da necessária análise do funcionamento da uniformização de jurisprudência no Direito positivo nacional, fonte da qual exsurtem as Súmulas em nosso ordenamento.

A partir do quarto capítulo adentra-se com mais especificidade no estudo das Súmulas. Assim, nesse quadrante, depois de um breve esboço histórico e dos fundamentos das Súmulas no Direito pátrio, faz-se uma análise das Súmulas em face da Teoria Geral do Direito, a partir de Kelsen, Hart e Ross. Ainda nesse capítulo, tráz-se à lume a visão da dogmática jurídica acerca das Súmulas.

O histórico desejo da dogmática jurídica dominante conceder à jurisprudência brasileira um caráter vinculante, aproximando nosso sistema ao da *common law*, é abordado no capítulo quinto, desde as tentativas ocorridas quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 até o fracasso da revisão constitucional de 1993. Aborda-se a

inovação (in)constitucional introduzida pela emenda constitucional nº 3, traduzida pela inusitada Ação Declaratória de Constitucionalidade, além do teratológico artigo 38 da Lei Federal nº 8.038/90, que criou uma forma inconstitucional de vinculação da jurisprudência no nosso sistema. Questiona-se, a seguir, ainda nesse capítulo, o efeito vinculante contemplado nos regimentos internos dos tribunais brasileiros, tanto no plano da inconstitucionalidade formal (incompetência de os tribunais estabelecerem normas de Direito Processual em seus regimentos) e inconstitucionalidade material, por violação do artigo 59, inciso II, 102, III e 105, III, da Constituição Federal.

No capítulo sexto, é feita uma classificação dos diversos tipos de Súmulas existentes no Direito brasileiro, além da análise de sua importância no cotidiano dos tribunais. Para tanto, classificando as Súmulas em quatro espécies - tautológicas, *intra legem*, *extra legem* e *contra legem* e inconstitucionais - são trazidas para discussão quase duas dezenas delas, para propiciar uma melhor compreensão acerca das especificidades de cada tipo, proporcionando, destarte, condições para o desenvolvimento do capítulo seguinte, que trata exatamente da função das Súmulas no sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, no sétimo e último capítulo, a função das Súmulas é abordada basicamente sob três aspectos: seu poder de violência simbólica, controlabilidade difusa e fator normativo de poder, visando à formação de um arbitrário juridicamente prevalecente. Procura-se demonstrar que o poder de violência simbólica exercido pelas Súmulas sobre os atores jurídicos em sua prática cotidiana é resultado de uma situação de controlabilidade difusa do sistema jurídico sobre a dogmática jurídica. Esse controle difuso funciona como poder normativo. A Súmula tem o poder de produzir sentido. Mais do que isso, a Súmula vem a ser uma metaprodução de sentido.

Nesse diapasão, o imaginário produzido a partir das Súmulas, em sua determinação de normativizar as condutas dos atores jurídicos, \ oculta a gênese de sua ação interessada, impossibilitando, desse modo, a instituição de uma razão comunicativa que elucidaria, em nível consensual, os efeitos da prática jurídica com o mundo das ações cotidianas.

Cabe referir, por último, que a opção por uma trajetória interdisciplinar significa uma alternativa teórica conseqüente, adotada para evitar o risco da unidade positivista e de um ecletismo não conseqüente. Essa opção supõe abordagens diferenciadas, sem, no entanto, adequar-se

)
>
a uma racionalidade elucidativa do cotidiano do senso comum
teórico dos juristas.

1. SISTEMAS JURIDICOS

Pode-se dizer que na atualidade, coexistem duas modalidades de sistemas de Direito Positivo¹: o da tradição romanística, também conhecido como *civil law*, em que as normas ou modelos jurídicos se apresentam sob a forma de diplomas legislativos, emanados dos órgãos competentes, e o da tradição anglo-americana, conhecido como sistema da *common law*, segundo o qual, consoante diz Reale(1976,p.148), o Direito se revela muito mais pelos usos e costumes e pela jurisdição do que pelo trabalho abstrato e genérico dos parlamentares. No mesmo sentido, Pereira(1961, p.52), assevera que outros sistemas, de Direito não escrito, têm o seu Direito objetivo em princípio declarado pelas cortes

1 Para os limites deste trabalho interessa apenas a dicotomia *common law* e *civil law*. Assim, não serão abordadas outras concepções de ordem social e do Direito, como o Direito muçulmano, o Direito da Índia,, o Direito do Extremo-Oriente, os Direitos da África. Vale frisar que, no plano das categorias jurídicas e da divisão de matérias(Direito Civil e Direito Público, grandes rubricas da ciência do Direito), pode-se, sob certos aspectos, aproximar o Direito soviético do sistema romanista, opondo-o à *common law*. Para isso, ver Ancel, 1980.

judiciárias com fundamento em uma tradição imemorial (sistemas da *common law*) ou regulam as atividades do indivíduo na sociedade pelos costumes observados tradicionalmente.²

Deve-se deixar claro, de pronto, com Cretella Jr(1983, p.230-231), que o vocábulo "sistema", transportado do campo filosófico para o âmbito da ciência jurídica, conserva o sentido originário do vocábulo empregado pela linguagem vulgar e pela linguagem técnica em geral. Sistema jurídico ou sistema de Direito é um bloco unitário de normas com características comuns. Para Losano(1978, p.23), sistema jurídico é um conjunto de normas próprias de um certo ordenamento.

Para os objetivos deste trabalho, utilizar-se-á a expressão sistema em dois sentidos: um, conforme Cretella

2 Conforme Ancel, *op.cit*, p.58 e 59, pode-se perceber, nitidamente, que o termo "sistema jurídico" tem dois sentidos, o primeiro, estrito(sistema francês contra sistema italiano, por exemplo) e o segundo, amplo sistema continental contra sistema anglo-americano). Para evitar esta ambigüidade, alguns comparativistas como René David preferem falar, no segundo sentido, não mais como sistema, mas em "família de Direito". A fórmula é, talvez, mais exata, embora a palavra "família" seja suscetível de várias acepções. De qualquer forma, a expressão sistema jurídico é, em geral, aceita e, na linguagem moderna do Direito, na perspectiva de autores sistêmicos como Luhmann, não há grande diferença entre as duas acepções.

Jr, para caracterizar a diferença entre *common law* e *civil law*; outro, no sentido da perspectiva da teoria do Direito.

Ressalte-se, dessa forma, que um sistema jurídico resulta de fatores dominantes em dado momento da história dos povos: fatores ambientais, étnicos, econômicos, religiosos, políticos, sociais ou filosóficos. Assim, não é temerário afirmar que o sistema jurídico romano, os sistemas jurídicos das repúblicas helênicas ou o sistema jurídico moderno, de base romanística, incluindo-se o sistema saxão, são todos sistemas jurídicos, ou seja, como já dito, conjuntos de normas jurídicas que apresentam características comuns. Daí a importância da conceituação de Ancel(1980, p.58), para quem deve se entender por sistema jurídico um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processos de desenvolvimento.

Du Pasquier(1948, p.141-142), assinala que não pode existir, como regra geral, senão um sistema jurídico numa comunidade jurídica, ou seja, um povo regido por um mesmo Direito, mas há tantos sistemas jurídicos quantos são os direitos positivos. Para Cretella Jr(ibidem, p.231), essa observação não pode ser tomada de modo absoluto, uma vez que, se o sistema jurídico for considerado como "o

conjunto de regras jurídicas reguladoras da vida de determinado povo", pode-se observar, v.g., dentro do grande e complexo sistema jurídico romano, grande multiplicidade de sistemas jurídicos menores. Claro que aquele Direito teve vigência por mais de doze séculos, mas é possível observar, no Direito romano, o sistema do *jus civile* que era correlato, sem se confundir, entretanto, com o sistema do *jus honorarium* ou *jus pretorianum*. Mais tarde, surge o sistema do *jus gentium*. Nesse modo, dentro do sistema jurídico romano, de abrangência maior, e, mesmo em dada época, verifica-se a coexistência de outros sistemas jurídicos menores, conforme o tipo das relações reguladas.

Sistema jurídico, enfim, na definição de Castán Tobeñas e Arminjon, Nolde e Wolff, citados por Cretella Jr (ibidem, p.232), vem a ser o conjunto de regras e instituições de Direito positivo, pelas quais se regem determinadas coletividades, sendo seus elementos essenciais uma legislação que serve de vínculo que rege e uma certa autonomia, quando menos legislativa.³

3 No mesmo sentido, consultar também Cornu, 1980, p.16: "En tant que système, le droit peut être regardé dans deux angles complémentaires, qui correspondent, dans l'intuition commune, aux deux acceptions courantes du mot. Le système juridique apparaît comme un ensemble de règles qui gouvernent la vie sociale".

1.1. O SISTEMA JURIDICO ANGLO-AMERICANO

1.1.1. O DIREITO INGLES

1.1.1.1. FORMAÇÃO. DIVISÕES E CONCEITOS JURIDICOS. *COMMON LAW E EQUITY.*

Ressaltam David e Jauffret-Spinosi (1988, p.400), que todo estudo da *common law* deve começar pelo estudo do Direito inglês, uma vez que o sistema da *common law* é resultado da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda. O Direito inglês não é um Direito de universidades nem um Direito de princípios; é um Direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos; não é o professor da Universidade; outrora somente uma minoria de juristas estudou nas universidades; nenhum dos grandes juizes do século XIX possuía título universitário. O essencial foi, até o século XIX, na Inglaterra, encontrar uma forma de ação que permitisse convocar os tribunais reais e evitar as ciladas que se apresentavam num processo muito formalista. Se se chegar ao termo do processo, pode-se depositar confiança no júri para reconhecer a justiça da causa. Mas a dificuldade é chegar até o fim do processo e, para isso, é necessário concentrar

a atenção nos obstáculos de todos os gêneros que podem se encontrar nele.⁴

Tal como ocorria no Direito romano, em que a *actio* era um pressuposto do Direito subjetivo, assim também na Inglaterra a *common law*⁵ foi uma criação do Direito

4 Conforme François Terré, 1991, p.34, le pays de *common law*, comprennent en Europe l'Angleterre et l'Irlande, hors d'Europe les Etats-Unis d'Amérique et les Dominions de peuplement anglais, n'assignent pas à la loi, selon leur tradition, le même rôle que les droits de la famille romano-germanique. Le droit appelé *common law* y a été formé peu à peu, à l'occasion des affaires qui leur étaient soumises, par des juges qui étaient des praticiens, n'ayant pas reçu de formation universitaire. Nul effort de systématisation, comparable à celui dont se sont chargées sur le continent les Universités, n'a été accompli, et l'on n'a pas davantage adopté la formule des codes. Une grande évolution est cependant en voie de s'accomplir dans ce pays; le droit, qui consistait essentiellement jusqu'au début de notre siècle dans la décision des tribunaux, est de plus en plus mis à jour, modifié, complété par la législation, et il devient de plus en plus fréquent, aussi, que juristes et juges aient reçu leur formation juridique dans les Universités. Les différences qui opposaient les pays de *common law* aux pays du groupe romano-germanique tendent ainsi à s'affaiblir. De grandes différences continueront cependant longtemps encore à opposer pays de tradition romaniste et pays de *common law*, du fait que les classifications et concepts utilisés, ici et là demeurent différents. La catégorie "droit civil", par exemple, n'est pas connue en Angleterre.

5 O dicionário jurídico Black's Law Dictionary, 5ª ed., de Henry Campbell, M.A., citado por Jáuregui, 1990, p.37, explica que "La diferencia de la ley creada por los cuerpos legislativos(Parlamento), el *common law* es el conjunto de aquellos principios y reglas de acción relativos al gobierno y seguridad de las personas y de los bienes, cuya autoridad deriva unicamente de los usos y costumbres antiguos e immemoriables, o de las decisiones o decretos de las cortes, reconociendo, afirmando o mandando cumplir tales usos y costumbres; en este sentido, particularmente, las viejas leyes no escritas de Inglaterra. El *common law* es el antecedente de la legislación y de la doctrina de los precedentes

Processual. Os direitos subjetivos foram ali surgindo de maneira empírica, à medida em que era criada cada ação judiciária (*remedy*), que garantia determinado interesse. No moderno Direito de tipo continental europeu, o Direito subjetivo é um *prius* e a ação um *posterius* (*ubi jus, ubi remediis*). No Direito de tipo inglês, onde não há ação não há Direito (*where there is no remedy, there is no right*).

Em belíssima síntese, David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p.350 e segs), resumem a história do Direito inglês distinguindo quatro principais períodos. O primeiro é o que precede a conquista normanda de 1066. O segundo, que se estende daquela data até o advento da dinastia dos Tudor (1485), que corresponde à formação da *common law*, durante o qual surge um novo sistema jurídico sobre os costumes locais anteriores; as condições da *common law* têm exercido uma influência que ainda subsiste sobre esse sistema. A aplicação se dava em circuitos periódicos dos condados e posteriormente em Londres, nas Cortes Reais. Por motivo de coerência, os juizes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial. Por volta do

obligatorios, de Inglaterra y de las colonias americanas en el período anterior a la revolución americana" (...). Consiste en aquellos principios, usos y reglas de acción aplicables al gobierno y a la seguridad de las personas y de los bienes, cuya autoridad no descansa en una expresa y positiva declaración del poder legislativo (...). La ley que no es legislación, esto es, la ley creada por las costumbres del pueblo y de las decisiones de los jueces".

século XIII começaram a circular as decisões dos magistrados, reduzidas a termo. Criaram-se anuários que foram os precursores dos *law reports*. O sistema da *common law*, desse modo, desenvolveu-se na estrita dependência de processos formalistas e, a partir de um determinado momento, passa a encontrar dificuldades para desenvolver-se e atender às necessidades da época. O terceiro período vai de 1485 a 1632, que corresponde à época de maior florescimento da *common law*. Nesse período surge a *equity*, caracterizada por ser um recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos. Encaminhavam-se petições ao rei ou ao seu conselho, que eram despachadas pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão.

Aos poucos, o chanceler vai se constituindo em juiz autônomo. Em determinadas matérias, o tribunal do chanceler foi capaz de criar direitos não conhecidos na *common law* (caso de fideicomisso e propriedades de mulheres casadas). Em outros casos, ofereceu alternativa eficiente para prover um remédio ou algum direito que se perdera. Ajudou a forçar a revelação de fatos e documentos. Assegurou ao querelante, acaso vencedor, os benefícios do litígio, bem como a proteção de terceiros diante de eventuais danos decorrentes da lide. As regras da *equity* foram se tornando sistemáticas, sem contudo, se contraporem à *common law*, havendo, pelo contrário, uma complementação entre ambas.

Entra-se, então, no quarto período com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), que, no ano de 1873, fundiu as jurisdições de *common law* e de *equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados no *common law* e daqueles fundados na *equity*. Daí que certas precisões são necessárias sobre as soluções de *equity* e mostrar, particularmente, como a distinção da *common law* e da *equity* continuou a ter importância até a época atual, apesar da referida fusão de ambas. De fato, ainda hoje a distinção da *common law* e da *equity* continua a ser a distinção fundamental do Direito inglês, comparável à nossa entre o Direito público e o privado, tanto que, na França, onde os juristas se classificam naturalmente em privatistas e publicistas, os juristas ingleses se dividem também em *common lawyers* e *equity lawyers*.

Há cinco diferenças fundamentais entre a *common law* e a *equity*. Na lição de David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p.389), cinco características fundamentais têm oposto a *equity* à *common law*: "Les règles de l'*equity*, développées par la Cour de la Chancellerie, avaient une autre origine historique que celles de la *common law*, élaborées par les Cours de Westminster. Leur application était faite par la Cour de la Chancellerie, à l'exclusion des Cours de Westminster. La procédure de l'*equity*, ne comportant jamais de jury, était différente de celle de la *common law*. Les

remèdes de l'équity, c'est-à-dire les solutions que l'on pouvait demander à la Cour d'équity, étaient différents des solutions que pouvait ordonner une Cour de common law. L'octroi d'un remède d'équity, enfin, avait un caractère discrétionnaire".

Continuando, acentuam que "Toutes ces différences étant notés, il n'en apparaît pas moins que l'équity était devenue, depuis le XVII siècle, un corps de véritables règles juridiques, administrées par la Cour de la Chancellerie selon une procédure et dans des conditions qui ne le cédaient en rien, en formalisme et en minutie, aux procédures et conditions d'application de la common law. Dans une même affaire il pouvait être nécessaire d'intenter deux actions, l'une devant une Cour de common law, l'autre devant la Cour de la Chancellerie; il en était ainsi, par exemple, si une partie voulait obtenir l'exécution en nature d'un contrat (remède-intérêts pour retard dans l'exécution du contrat (remède de common law). Ce état de choses a été modifié en 1873-1875. Toutes les juridictions anglaises peuvent, depuis cette date, ordonner les remèdes de l'équity aussi bien qu'appliquer les sanctions de la common law. La dualité ancienne des procédures est aujourd'hui évitée; les principes de la common law et les règles de l'équity peuvent être invoqués et mis en oeuvre devant une juridiction unique et dans une action unique. Dans ce sens on parle de la

"fusion de la common law et l'équity", opérée par les Judicature Acts de 1873-1875".

A partir dos Judicature Acts⁶ uma única corte passou a aplicar as diferentes regras para o caso. É de frisar, ainda, que outra contribuição importante dos Judicature Acts para o Direito inglês foi a edição de um código procedimental: Rules of the Supreme Court, denominado The White Book, emendado de tempos em tempos. Já o Appellate Act de 1876, estabeleceu regras para a revisão das decisões por uma corte superior. ⁷

As reformas processuais de 1873-1875 implicaram uma nova organização judicial centralizada, uma vez que

6 From and after the time appointed for the commencement of this act, the several courts hereinafter mentioned that is to say, the high court of chancery of England, the court of queens bench, the court of common pleas at Westminster, the court of Exchequer, the high court of admiralty, the court of probate, the court for divorce and matrimonial causes, and the London court of bankruptcy shall be united and consolidated together, and shall constitute, under and subject to the provisions of this act, one supreme court of judicature in England.

(...)

In every cause or matter commenced in the high court of justice, law and the equity shall be administered by the high court of justice and the court of appeal respectively(...).

7 Every appeal shall be brought by way of petition to the house of lords, praying that the matter of the order or judgement appealed against may be reviewed before her majesty the queen in her court or parliament, in order that the said court may determine what of right and according to the law and custom of this realm ought to be done in the subject of such appeal.

desapareceu a distância entre cortes de common law e cortes de equity. A partir de então, todas as jurisdições inglesas resultaram competentes para aplicar tanto um como outro sistema. Assim, os juizes de equity se inspiraram nas soluções dadas por seus antecessores e esta evolução institucional levou o Parlamento a assumir a função inovadora que teve a seu cargo - nas centúrias precedentes - o chanceler **8**.

As profundas transformações sociais que ocorreram durante os séculos XIX e XX proporcionaram uma criação legislativa ignorada nas épocas anteriores. O triunfo das

8 Friedman, 1993, p.83, chama a atenção para uma peculiaridade do passado que ainda hoje tem significado: Los orígenes del proceso de equidad son oscuros. En la Edad Media, el Canciller era uno de los más altos oficiales del Rey. Tenía importantes funciones administrativas; también era clérigo; sabía leer y escribir y se encargaba de dictar "los mandamientos" que servían para iniciar el proceso. A veces también oía las quejas que se le formulaban en caso de una injusticia; y, como representante del Rey, en alguna ocasión, ejercía su poder para flexibilizar un poco las normas jurídicas; reparar alguna injusticia o prevenirla. En los siglos dieciséis y diecisiete, el proceso de equidad se había convertido en un fuerte contrincante del *common law*. No se trataba sólo de una diferencia de leyes aplicables; todo el conjunto del sistema era distinto. El Canciller no había estado nunca inmerso en el *common law*; si algo conocía era el derecho de la Iglesia por el que estaba influenciado(...). de ahí que el proceso de equidad se pareciese mucho más al derecho europeo que al del *common law*. El proceso de equidad, en muchos aspectos, era menos rígido que el del *common law*. También lo eran algunos aspectos de su procedimiento. Por otra parte, ambos sistemas se complementaban(...). El sistema judicial inglés se componía, esencialmente, del proceso según la Ley más el proceso de equidad. Cada uno por separado era incompleto; juntos formaban un todo más satisfactorio".

idéias democráticas, com a conseqüente necessidade de reformas jurídicas, e o racionalismo transformador, ao qual não foi alheia a influência de pensadores como Bentham e os filósofos utilitaristas, se traduziu em um incremento considerável da criatividade legislativa. Por meio dele, tornou-se viável programar rápidas modificações da realidade social, cujo acelerado ritmo resultava difícil de conceber dentro das pautas jurídicas tradicionais⁹.

Os ingleses tem visto tradicionalmente o Direito legislado - *statute law* -, como algo secundário, de onde não se deve buscar os princípios gerais do Direito e cuja função se reduz a aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados através do trabalho dos juizes. Como muito bem explica Laclau(1987, p.32-33), as leis emanam do Parlamento, poder soberano cujas potestades são controladas pela opinião pública, que acaba tendo efetividade, na medida em que se trata de um povo profundamente democrático e respeitador de suas tradições. Porém, a aplicação que os tribunais fazem dessas leis é literal e restritiva, sempre

⁹ Nesse sentido, ver ROCHERE, 1988, p.101-114: "C'est le rôle créateur du droit qui donne toute son importance à la fonction de juges. Au Royaume-Uni le droit n'a jamais été globalement mis en forme par le législateur: il existe de façon latente sous forme de common law et c'est au juge qu'il appartient de le d'éconvrir en faisant usage de la simple raison. Les juges, notamment ceux des cours supérieures, sont donc investis de la double mission de rendre la justice et de diriger le développement du droit, ce qui les met dans une position particulièrement éminente, aux côtés sinon à l'égal de l'exécutif et du Parlement".

que a lei não é considerada como uma via normal de manifestação do Direito, senão como algo corretivo, excepcional. O Direito inglês é de base jurisprudencial. Daí que, em vez de citar o texto de uma lei, se citem sentenças que aplicam essa lei. Para o jurista inglês, é mais fácil contemplar a lei através da sentença, a regra legal através da regra jurisprudencial.

Nos dias atuais a proliferação de leis e regulamentações administrativas têm levado a que o *statute law* vá se constituindo em um novo sistema complementar da *common law*. As novas jurisdições administrativas se encontram sob controle do Poder Judiciário. Porém, esse controle, em muitos casos, se exerce de forma restringida, toda vez que a revisão não chega ao exame da matéria de fundo, senão que se reduz aos procedimentos administrativos. O papel relevante que a lei tem assumido em vários campos da vida social, tais como a seguridade social, o Direito do trabalho e, em geral, o Direito econômico, se apresenta como um novo desafio para os juristas, que resistem a se desprender da concepção jurisprudencial tradicional, e que explica, em grande medida, a crise pela qual passa a ciência jurídica britânica.¹⁰

¹⁰ Para tanto, ver Laclau, 1983, p.32. Também é relevante a análise de Cueta Rúa, 1986, p.256, para quem "El ímpetu del Derecho legislado parece insuperable. Sin embargo, el predominio de técnicas típicas del common law, tanto en la enseñanza del derecho como en la actitud de los jueces y de los abogados, incide directamente sobre el derecho legislado y le imprime notas peculiares, ignoradas en los

1.1.1.2. A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA INGLESA.

A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA.

A organização judiciária inglesa foi durante muito tempo extremamente complexa e ainda hoje é bastante desconcertante para o jurista de outros países, apesar das reformas que durante uma centena de anos a simplificaram e, em certa medida, a racionalizaram.¹¹

países de tradición romanista. Así, por ejemplo, frente a una ley nueva, recientemente sancionada, los abogados eluden formular juicios categóricos sobre su significado, porque no se tiene todavía la experiencia de su tratamiento por los jueces. Se suele justificar esta actitud prudente y condicionada, con el argumento de que la nueva ley aún no ha sido sometida a prueba (the statutes has not been tested). Y cuando se han dictado sentencias, aplicando la reciente sanción legislativa, existe una notoria tendencia a preferir el texto judicial al texto legal. Se atribuye a la ley el significado que le han dado los jueces. Esta interpretación jurisprudencial del derecho legislado es apoyada con los métodos típicos del common law (stare decisis; distinción entre holding y dictum). Se trata al precedente como si fuera un precedente del common law y no un precedente acerca del significado de la norma general sancionada por el legislador".

¹¹ Cfe. Jauregui, ibidem, "bajo el título 'The English administration of justice', los juristas ingleses incluyen los siguientes componentes: a) the royal prerogative (la prerrogativa real); b) the courts (las cortes); c) the judiciary (los magistrados judiciales y jueces); d) the legal profession (la profesión legal); e) legal aid and advice (ayuda y consejo legal). Deve-se ressaltar, ainda, que a organização posta em funcionamento pelos Judicatures Acts foi modificada várias vezes, particularmente, pelo Administration of Justice Act de 1970, e pelo Courts Act de 1971. Subsistem ainda alguns tribunais locais oriundos do sistema

De pronto, com David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p.415), deve-se esclarecer que na Inglaterra é feita uma distinção básica, desconhecida no Continente, entre o que se pode chamar a "alta justiça" (*haute justice*), administrada pelos tribunais superiores, e a "baixa justiça" (*basse justice*), administrada numa série de jurisdições inferiores ou por organismos "quase-judiciários". A atenção dos juristas vai se concentrar especialmente sobre a atividade dos tribunais superiores, pelo fato de estes não se limitarem a resolver processos. Das decisões de tais cortes é que surgem os *precedents*, que devem ser seguidos no futuro e pelo estudo dos quais se poderá conhecer qual é o Direito na Inglaterra.

1.1.1.2.1. TRIBUNAIS SUPERIORES: O SUPREME COURT OF JUDICATURE

A *Supreme Court of Judicature* é composta por três organizações: a *High Court of Justice*, a *Crown Court* e a *Court of Appeal*.¹²

judiciário dos burgos medievais, os quais exercem uma jurisdição semelhante á dos tribunais distritais, v.g., Liverpool Court of Passage.

¹² A especificação da organização judiciária inglesa foi compilada dos seguintes autores e obras: David e Jauffret-Spinosi (1988); James (1959); Cueto Rúa (1957 e

A *High Court of Justice* é formada por três seções: seção do Banco da Rainha (*Queen's Bench Division*), seção da Chancelaria (*Chancery Division*) e seção da Família (*Family Division*). Esta Corte é integrada por um máximo de setenta *puisne judges*, que são juizes assessores, eleitos entre os *barristers* com o requisito mínimo de dez anos de exercício profissional. A estes se acrescenta o *Lord Chief Justice*, que preside a seção do *Queen's Bench*, o *Vice-Chancellor*, que preside a seção da Chancelaria (Equidade) e o *President*, que preside à seção da Família. A repartição das questões entre as diferentes seções tem apenas um caráter de conveniência de serviço, sendo cada uma delas destinadas a estatuir sobre qualquer causa que seja da alçada da *High Court of Justice*. A formação na seção do Banco da Rainha, de uma *Admiralty Court* e de uma *Commercial Court*, ou, na Chancelaria, a criação de uma *Companies Court* e de um *Bankruptcy Court* significa apenas que no seio destas seções podem existir juizes especializados e certas regras especiais de processo para o exame de diferentes tipos de assuntos.

1986); Laclau (1983); Jáuregui (1990); Schartz (1978, p.159), onde o autor compara o sistema de criação do Direito preponderantemente jurisprudencial com o sistema de criação do Direito com a prevalência da lei; Scarman (1978); Cross (1976); Osborn (1964); Kiralfy (1973); Baker (1979).

A *Crown Court* é uma organização nova no Direito inglês, instituída pelo *Courts Act* de 1971, com a atribuição de julgar causas criminais.

A *Court of Appeal* constitui, no interior do *Supreme Court of Judicature*, um segundo grau de jurisdição. É composta por dezesseis *Lords Justices*, presididos pelo *Master of the Rolls*. As questões são aí submetidas, em princípio, a um colégio de três juizes. As causas são geralmente julgadas por um *Lord Justice* e por dois juizes da *Queen's Bench Division*; ao contrário do que acontece nas seções que julgam matéria civil, não é costume que os juizes colocados em minoria o façam conhecer no seio da *Criminal Division*.

1.1.1.2.2. A CAMARA DOS LORDES

Contra as decisões tomadas pelo *Court of Appeal* é possível interpor apelo para o Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes. David e Jauffret-Spinosi (op.cit., p.416), alertam para o fato de que "Ce recours est exceptionnel; la Chambre des Lords ne rend pas plus de 80 à 90 décisions par an. Seuls sont habilités à juger, aprmi les Lords, le Lord Chancelier (qui préside la Chambre), les Lords (Lords of Appeal in Ordinary), au nombre de onze au maximum selon la

loi, qui ont été faits spécialement pairs (non héréditaires) à cette fin, et les Lords qui ont occupé antérieurement certaines fonctions judiciaires, énumérées par une loi. Les affaires sont jugées normalement par cinq, au maximum par trois Lords. Chaque Lord exprime sur l'affaire, séparément, son opinion, appelée 'speech', et le recours est rejeté si une majorité ne le forme pas pour l'admettre. Le droit anglais ignore la pratique française de la cassation avec renvoi; la Chambre des Lords statue quant au fond sur les recours dont elle est saisie"(grifei).

1.1.1.2.3. COMISSAO JUDICIARIA DO CONSELHO PRIVADO

Nessa qualidade, a Comissão - formada pelos juizes da Câmara dos Lordes -, tem a incumbência de julgar os recursos interpostos contra as decisões dos supremos tribunais dos territórios britânicos de além-mar ou dos Estados da Commonwealth que até agora não aboliram esse tipo de recurso (Austrália, para determinados assuntos, Nova Zelândia, Gâmbia, Serra Leoa, etc). As decisões da Comissão têm, quando se referem a questões de common law, uma autoridade praticamente idêntica aos acórdãos da Câmara dos Lordes.

1.1.1.3. JURISDIÇÕES INFERIORES

1.1.1.3.1. COUNTY COURTS

Conhecidos como tribunais de Condado ou tribunais Distritais, os *county courts* foram criados em 1846, através dos *County Courts Acts*, de modo que os distritos por eles servidos tenham abrangência sobre toda a Inglaterra. Haverá sempre um tribunal distrital dentro de distância razoável.

Os juizes são, no máximo, 125 e as questões apreciadas são aquelas que envolvem valores abaixo de 750 libras esterlinas. Essa competência é fixada pelo *High Court of Justice*, que embora tenha competência ilimitada, recusa-se, em princípio, a apreciar questões inferiores àquele valor. Os recursos, quando autorizados, vão diretamente para a *Court of Appeal*.

1.1.1.3.2 MAGISTRATES

As infrações penais menores são julgadas por simples cidadãos, chamados de *magistrates*, aos quais foi conferido o título de *justice of peace*. Exercem suas funções

com o auxílio de um secretário jurista (*clerk*), de forma gratuita. Também têm competência para apreciar infrações maiores, na fase preliminar, quando decidem se existem ou não indícios suficientes para levar o acusado a ser julgado perante a *Crown Court*.

1.1.1.3.3. CONTENCIOSO "QUASE JUDICIARIO"

No âmbito de abrangência da matéria administrativa, assim como determinadas peculiaridades surgidas diante de certas leis, há alguns órgãos especiais criados para a resolução dos litígios a eles pertinentes. São os denominados *Boards* ou *Comissions* ou, ainda, *Tribunals*, conforme a área de atuação. Assim, existem para dirimir conflitos na área econômica, em matéria fiscal, social e em matéria de inquilinato.

Vale referir que existe um *Council on Tribunals* que desde 1958 fiscaliza o funcionamento desses organismos, que chegam a mais de 2000. Esses tribunais às vezes estão ligados à administração, mas também podem ser independentes, como é caso dos que cuidam das questões trabalhistas e de inquilinato.

1.1.1.4. A DOUTRINA DOS PRECEDENTES

OBRIGATÓRIOS

A doutrina dos precedentes obrigatórios (*Doctrine of binding precedent*), também chamada *stare decisis, case law*, está estreitamente ligada ao sistema denominado de *Law Reports*¹³. De pronto, deve ser dito (e repetido) que uma das características históricas mais marcantes da lei inglesa é ser produto do trabalho dos juizes (*judge made law*). Ou seja, a maior parte da *common law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juizes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas, aplicando regras a casos novos, à medida em que foram surgindo. O princípio que respalda a doutrina dos precedentes consiste em que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal

¹³ Sobre o tema, consultar. Tamello, 1978, p.123-130; Cueto Rúa, op.cit; Losano (1978); Re, Edward D. (1994). David e Jauffret-Spinosi, op.cit., p.429 e 430 lembram que uma certa flexibilidade é trazida ao funcionamento da regra do precedente pelas condições em que é assegurada a publicação das decisões judiciais. Essa publicação está sujeita a uma certa seleção: 75% dos acórdãos da Câmara dos Lordes, 25% dos acórdãos do Court of Appeal e unicamente 10% das decisões do High Court of Justice são publicados. Torna-se, assim, possível eliminar um grande número de decisões que não são dignas de serem consideradas como precedentes. Evita-se, por outro lado, que os juristas ingleses sejam submersos pela avalanche de precedentes.

existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores (*stare decisis*).¹⁴

O exposto representa bem o aspecto histórico da formação da lei inglesa. Porém, na atualidade, devido a maior sistematização e clarificação das fontes do Direito - a maior parte do Direito atual encontra-se nos *law reports* e nas leis originárias do Parlamento -, já não se pode seguir afirmando, sem reserva, que o juiz faz o Direito, uma vez que sua função é a de decidir os casos conforme as regras legais existentes.¹⁵ Isto é o que fundamenta a doutrina dos

¹⁴ A respeito da força da doutrina dos precedentes, lembra Cueto Rúa, op.cit, p.252, que tradicionalmente os juízes e advogados da *common law* têm considerado a legislação como uma intrusa, que viria perturbar o sábio e experimentado *common law*. Nesse sentido, cita passagem de Roscoe Pound, in *Harvard Law Review*, t.21, p.383: "Juristas que recogen escrupulosamente de las más remotas esquinas las sentencias más obsoletas, para citarlas a todas, raras veces citan a las leyes, excepción hecha de las grandes leyes que se han transformado en parte del *common law*, o quando citan leyes, lo hacen a través de las sentencias que las aplican. Los tribunales, de la misma manera, se inclinan a ignorar legislación importante, no meramente por considerarla declaratoria (del *common law*) sino presumiendo, a veces, silenciosamente, que es declaratoria, sin dar razones, citando precedentes jurisprudenciales y haciendo caso omiso de las leyes".

¹⁵ Pound, citado por Cueto Rúa, *ibidem*, já discutia, no início do século, o problema derivado da presença de dois tipos de normas jurídicas - as legisladas e as jurisprudenciais - ambas aplicáveis na mesma jurisdição pelos mesmos juízes: "Pueden concebirse cuatro maneras en que los Tribunales encaren la innovación legislativa en un sistema como el nuestro. 1. Ellos podrían recibirla plenamente en el seno del derecho (jurisprudencial) como suministrando no sólo una norma para ser aplicada sino como un principio en base al cual razonar, y considerarla, por ser la más reciente y directa expresión de la voluntad general, de autoridad superior a las

precedentes obrigatórios, em virtude da qual o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação ou guia, mas sim, que está obrigado a aplicar as regras legais contidas em tais decisões. É importante ressaltar, nesse sentido, lembra Jáureghi (idem, p.52), que os precedentes se aplicam somente aos pontos ou questões de Direito, ainda que em alguns casos a questão de Direito esteja diretamente interrelacionada com os fatos. Por outro lado, o princípio

normas creadas por los jueces(...). 2. Ellos podrian recibirla plenamente en el seno del derecho(jurisprudencial), utilizándola como punto de referencia para el razonamiento analógico, como cualquiera otra norma jurídica, considerándola, sin embargo, como de autoridad igual o coordinada en este particular con las normas jurisprudenciales(judge made law) aplicables en el mismo tema general.3. Ellos podrian rehusarse a recibirla plenamente en el seno del derecho y darle solo efecto directo, negándose a utilizarla como base para el razonamiento analógico, pero dándole, ello no obstante, una interpretación amplia para cubrir toda la materia que se queria cubrir. 4. Ellos podrán no sólo negarse a utilizarla como base para el razonamiento analógico y aplicarla sólo de manera directa, sino, además, darle una interpretación estricta e estrecha, aplicándola rigidamente a esos casos que ella cubre de manera expresa. La cuarta hipótesis representa la actitud ortodoxa del *Common Law* hacia las innovaciones legislativas. Sin embargo, la tercera hipótesis probablemente representa con mayor precisión la actitud hacia la cual estamos marchando. La segunda y la primera, sin duda, le parecen absurdas al abogado del *common law*. El difícilmente puede pensar que una norma de origen legislativo pueda ser considerada como una parte permanente del cuerpo normativo general. Pero se sugiere que el curso del desarrollo jurídico en el que hemos entrado debe llevarnos a adoptar el método de la segunda hipótesis y, eventualmente, el método de la primera hipótesis". Convém frisar que isto foi escrito por Roscoe Pound há mais de oitenta anos. Hoje, há suficientes indícios, segundo assevera Cueto Rúa, que os tribunais ingleses e americanos tenham se acercado dessa posição, operando em termos muito próximos à segunda hipótese de Pound, com sinais cada vez mais visíveis de aproximar-se da hipótese primeira.

legal no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a tomar. Essa parte substancial do princípio legal é chamada de *ratio decidendi* do caso.¹⁶ Os juizes, em suas sentenças, fazem, por vezes, observações sobre a lei que, em realidade, são alheias ao caso. Tais observações, ditas de passagem (*obiter dicta*), não são vinculantes como precedente.

Considerando que a doutrina dos precedentes tem força obrigatória dentro da estrutura do Direito inglês, como a lei pode se desenvolver se os casos sempre devem ser julgados tendo por base os princípios perenes, pergunta Jáureghi (ibidem, p.53). Ele mesmo responde, ao dizer que, na prática, existem vários caminhos para que a doutrina não

¹⁶ A idéia principal é que a aplicação da lei a determinado conjunto de fatos sempre é baseada em um princípio legal que dá suporte à decisão; esse princípio constitui o elemento vinculante. Isso não significa necessariamente que a *ratio* pode ser encontrada sempre no que está estabelecido na regra que aparece na sentença da Corte que se aplica ao caso particular, uma vez que é também um princípio estabelecido que os casos são unicamente vinculantes em relação a outros casos quando estes são precisamente similares (*precisely similar*). Carlos Jáureghi, op.cit., 57, alerta para o fato de que não é o mesmo dizer "similar" e "precisamente similar", já que, neste último caso, se restringe a possibilidade interpretativa do julgador. Isto é bastante comum na lei inglesa que, com frequência, utiliza palavras e expressões como *beyond reasonable doubt*, *fairness*, *equity*, que têm um conteúdo semântico muito amplo, e que, porém, ao mesmo tempo, limitam o arbítrio do intérprete. Já David e Jauffret-Spinozi (op.cit., p.428), chamam atenção para o fato de que "Le juge dans l'arrêt ne précise pas quelle est la ratio decidendi, celle-ci sera déterminée ultérieurement par un autre juge, examinant si cet arrêt est ou non un précédent applicable au litige dont il est saisi".

perca flexibilidade. Primeiro, as cortes superiores tem poder para rechaçar decisões das cortes inferiores, e, em certos casos, podem também passar por cima (*override*) de suas próprias decisões anteriores. Ademais, qualquer regra legal pode ser mudada pela legislação (*statute*). Em consequência, ressalta, toda regra legal está sujeita a mudança, seja pelos juizes seja pelo Parlamento.

1.1.1.4.1 SIGNIFICADO E ALCANCE DA REGRA

Demonstram David e Jauffret-Spinosi (*idem*, p.426) que se analisa a regra do precedente¹⁷, teoricamente, em três proposições muito simples: 1º - "Les décisions rendues par la Chambre des Lords constituent des précédents obligatoires, dont la doctrine doit être suivie par toutes juridictions, sauf exceptionnellement par elle-même; 2º - Les

¹⁷ As decisões judiciárias inglesas não devem ser citadas como as decisões nos julgamentos franceses. A maneira correta de citá-las é a seguinte: "Read v. Lyons (1947) A.C. 156. Normalmente o primeiro nome é o do autor e o segundo o do réu, mas para os acórdãos da Câmara dos Lordes o primeiro nome é o do apelante e o segundo o do recorrido. A letra v., que separa estes dois nomes, é a abreviação de "versus", mas deve-se pronunciar, quando se cita o caso, "and ou against", e não "versus". As indicações que os acompanham significam que o acórdão foi publicado na coleção *Law Reports*, na série *Appeal Cases* (onde são publicados os acórdãos do Tribunal de Recursos, da Câmara dos Lordes e da Comissão Judiciária do Conselho Privado, volume do ano de 1947, página 156 e seguintes. Cfe. David e Jauffret-Spinosi, *op.cit.*, p. 430.

décisions rendues par la Court of Appeal constituent des précédents obligatoires pour toutes les juridictions inférieures dans la hiérarchie à cette Cour, et (sauf en matière criminelle) pour la Court of Appeal elle-même; 30- Les décisions rendues par un juge de la High Court of Justice s'imposent aux juridictions inférieures et, sans être strictement obligatoires, elles ont une grande valeur de persuasion et sont très généralement suivies par les différentes divisions de la High Court of Justice et par la Crown Court".

Desse modo, explica o mesmo autor, "Les propositions ainsi énoncées simplifient beaucoup le problème. Une certaine tendance paraît ainsi se manifester aujourd'hui, sans que les principes soient mis en cause, pour augmenter le nombre d'exceptions qu'ils comportent ou pour rendre plus strictes les conditions auxquelles ils sont appliqués. Jusqu'à 1966 il a été admis que la Chambre des Lords était strictement liée par ses propres précédents; une déclaration solennelle, faite par le Lord Chancelier en 1966, a fait savoir que dans l'avenir la Chambre des Lords pourrait s'écarter de cette règle, si des considérations pressantes lui paraissaient le demander dans l'intérêt de la justice.(...) Il y a lieu de souligner que les seuls précédents obligatoires sont constitués par les décisions émanant des cours supérieures, c'est-à-dire de la Supreme

Court of Judicature et de la Chambre des Lords. Les décisions émanant d'autres cours ou d'organismes quasi-judiciaires peuvent avoir une valeur de persuasion; elles ne constituent jamais des précédents obligatoires".¹⁸

¹⁸ Sobre esse assunto, Lloyd, 1985, p.243, chama a atenção para o fato de que muito pode depender da atitude do tribunal da instância superior em face da decisão anterior. O tribunal subsequente pode adotar um ponto de vista favorável ao princípio consubstanciado num caso anterior e estar disposto a aplicá-lo amplamente em quaisquer situações análogas. Foi isso o que aconteceu depois que a decisão majoritária da Câmara dos Lordes, no caso *Donoghue v. Stevenson* (1932) A.C.562, estabeleceu a obrigação de um fabricante de ter razoável cuidado em assegurar que seus produtos não se encontravam em condições suscetíveis de acarretar danos aos consumidores potenciais. Esse caso envolveu tão claramente uma regra judiciosa que ela foi tratada como possuidora da mais vasta aplicação. Portanto, foi rapidamente consagrada como expressão da essência do critério legal de negligência, ao impor uma obrigação geral de cuidado sempre que se possa prever razoavelmente, pela conduta de qualquer pessoa, a possibilidade de causar danos físicos a outrem. Por outro lado, se o resultado de uma decisão vinculatória for mais tarde visto de modo desfavorável, os tribunais subsequentes podem empenhar-se em limitá-lo rigorosamente aos "seus próprios fatos" e, assim, mediante algumas distinções sutis (que o leigo e, na verdade, muitos advogados, encaram como "bizantismo"), dar ao caso anterior um campo muito limitado de operação ou tirá-lo virtualmente de circulação. Desse modo, lembra o autor como exemplo, duas incursões maciças foram feitas em duas doutrinas estabelecidas, mas impopulares, do antigo Direito consuetudinário, ou seja, as regras segundo as quais numa ação por negligência, qualquer grau de negligência do próprio acusado que contribuisse para o acidente invalidaria a totalidade de suas alegações, e que um patrão não é responsável pelos danos causados a seu empregado por negligência de um colega deste último. Não obstante, essas duas doutrinas ainda mantiveram um papel ingrato, embora declinante, por muitas décadas, até que o Parlamento finalmente aboliu ambas há poucos anos.

1.1.2. O DIREITO NORTE-AMERICANO

1.1.2.1. ASPECTOS HISTÓRICOS. O PROCESSO DE FORMAÇÃO.

Segundo Gilmore(1978, p.31-46), o Direito norte-americano pode ser dividido em três períodos ou fases: de 1800 até a Guerra Civil; desta até a I Grande Guerra e daí até os nossos dias.¹⁹

1.1.2.1.1. Situação do Direito inglês por ocasião da Revolução Americana - a primeira fase

Quando irrompeu a Revolução das Colônias, o Direito inglês era o único que os americanos conheciam. Daí surgiu a primeira questão: deveria o Direito inglês continuar a ser aplicado? A Constituição americana procurou resolver o problema, ao atribuir ao Congresso e ao sistema judiciário federal a responsabilidade de determinar a maioria das questões da lei substantiva. Uma parte seria reservada aos tribunais (e legislativos) estaduais, mas

¹⁹ Obras também consultadas e relevantes: Farnsworth (1963); Berman (1963); Schwarz (1966); David e Jauffret-Spinosi, op.cit.; Edward D. Re, op.cit. Também importante é a contribuição de Lobo, 1991, p.38-51.

somente no que se referia a questões locais. Mas o tipo de Direito a ser aplicado deveria ser resolvido pela Suprema Corte. De qualquer sorte, a nação, devido ao trauma revolucionário e ao ódio contra os ingleses, não aceitava a idéia da absorção do Direito consuetudinário inglês. Entre os anos de 1776 e 1820 formou-se uma jurisprudência tipicamente americana, surgindo, também, a corrente de pensamento que não atribuía grande valor ao precedente, aconselhando, inclusive, com entusiasmo, aos juizes, a criação de leis, quanto mais melhor.

Esse mesmo período registra, ainda, dois acontecimentos relevantes. O primeiro diz respeito à não formação de um sistema legal americano, devido principalmente à extraordinária transformação dos Estados Unidos com o florescimento da Revolução Industrial. O segundo acontecimento diz respeito à não uniformização das leis, em virtude do dogma que vedava ao Governo Federal e aos tribunais federais o poder de garantir a aplicação das leis em todo território americano, uma vez que, tanto os poderes da União como os dos Estados eram rigidamente limitados.

Embora rejeitada a idéia de federalização global da lei substantiva, o Supremo Tribunal, com suas soberanas decisões, tentou sempre criar um Direito uniforme para todo o território, principalmente através do método de dar uma

interpretação extensiva e ampla aos poderes conferidos pela Constituição ao governo federal e aos tribunais federais.

1.1.2.1.2. A SEGUNDA FASE: A ERA DO ESTILO FORMAL

Sob a inspiração de que um governo não pode ser de homens, mas sim de leis, os juristas americanos começaram a formular teorias sobre amplas áreas do Direito Consuetudinário, com o objetivo de reduzir todo o acervo a uma unidade controlada, como, por exemplo, em matéria de contratos, uma teoria geral dos contratos.

Ao mesmo tempo, os juristas, tendo à frente o pai da metodologia no Direito americano, Langdell, procuravam encontrar uma saída para o elevado número de casos e precedentes, já então decididos e formulados pelos tribunais federais e estaduais.

Nessa segunda fase, surge o juiz Holmes,²⁰ que deu ao Direito americano seu verdadeiro conteúdo. Para ele, o

²⁰ Oliver Wendell Holmes (1841-1935), graduado pela Universidade de Harvard, exerceu a advocacia em Boston, lecionou algum tempo como professor em Harvard e serviu, depois, durante vinte anos, como juiz e, mais tarde, como presidente da Suprema Corte de Justiça de Massachusetts. Em 1902, foi nomeado juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde, pela qualidade de seus votos discordantes,

primeiro requisito de uma lei correta é o de corresponder aos sentimentos reais e às exigências da comunidade, quer estejam certas ou erradas.²¹

Os tribunais, ao seu turno, continuavam a criar jurisprudência, cada vez mais torrencial, quando então, numa tentativa de minimizar o problema da imensidão de casos julgados, surgiu o *National Report System*, o qual, terminados quinze anos, reunia tão grande número de casos que tornava impossível a pesquisa.

1.1.2.1.3. A TERCEIRA FASE. A PASSAGEM DO ESTILO FORMAL PARA A ERA DO GRANDE ESTILO.

Em face dessa problemática, ressurgiu o interesse pela codificação, cujo projeto, porém, foi abandonado. O fracasso do movimento pela codificação pode ser debitado ao fato de que os princípios gerais do Direito são sempre os mesmos e os acidentais mudam em função de fatores de ordem econômica, social, política, etc. Portanto, não havia

recebeu o título de "O Grande Dissidente". Renunciou, por motivos de saúde, em 1932. Sobre Holmes, ver o seu livro *O Direito Comum - As origens do Direito anglo-americano*. Trad. de J. L. Melo. Rio de Janeiro, Edições O cruzeiro, 1963.

²¹ Citado por Gilmore, op.cit., p.31.

benefício em codificar as decisões judiciais, chamadas precedentes, uma vez que, constatando os tribunais a necessidade da reformulação da lei, ela seria feita pelo próprio Poder Judiciário, dessa tendência foi exemplo maior, nessa época, o juiz Cardozo, sucessor de Holmes, para o qual "o passado domina o presente e somente em raros casos o processo judicial possibilita um ato criativo por parte do juiz".²²

Essa fase do Direito americano é marcada pelo rompimento com a doutrina de Langdell e pela adoção da doutrina de Llewellyn, de se estudar todos os casos análogos.²³ Como diz Gilmore (ibidem, p.98), o campo escolhido por Llewellyn já estava codificado. Por esse

²² Benjamin Cardozo assumiu a vaga de Holmes, em 1932. Em seis anos apenas, pois morreu em 1938, deixou inscrito o seu nome entre os maiores juizes da Suprema Corte Americana. Suas memoráveis decisões e votos vencidos demonstram algumas de suas idéias expostas em livros: o juiz é um agente ativo e não mero declarador mecânico do Direito; a Constituição americana tinha o mesmo poder de adaptação, flexibilidade e maleabilidade da *common law*; o princípio da separação dos poderes devia ser aplicado com elasticidade e não com rigor pedante; as leis estaduais não deviam criar barreiras entre os Estados, "neutralizando as conseqüências do livre comércio entre eles", mas deviam ser julgadas válidas sempre que não contivessem ameaça à solidariedade nacional e não fossem inconstitucionais. Outra tese de Cardozo se refere ao fato de que a inconstitucionalidade da lei só devia ser declarada em face de necessidade manifesta, explorando-se e liquidando-se toda dúvida razoável antes de chegar a essa grave conclusão. Consultar, sobre Cardozo, Rodrigues, 1956, p.I-XXXIII e 1992.

²³ Ver Ost, e Van de Kerchove, 1987, p.194-196. Também sobre o assunto, consultar Llewellyn, 1941, p.22 e segs, e 1973, p. 729-735.

motivo, seus artigos consistiam basicamente em ataques à Lei de Vendas Uniforme, com propostas para que fosse substituída por um estatuto que refletisse (ao contrário do que ocorria com a Lei de Vendas) as práticas reais dos comerciantes do século XX. Raramente um reformador tem a oportunidade de executar as reformas que defende. Mas Llewellyn foi o principal elaborador do que foi inicialmente conhecido como a Lei de Vendas Uniforme Revisada e mais tarde tornou-se o Código Comercial Uniforme. O Código (que atualmente está em vigor em todas as jurisdições dos Estados Unidos, à exceção da Louisiana) foi o mais ambicioso projeto de reforma legal já executado neste século. O resultado dos esforços de Llewellyn e muitos outros, ao longo de quase vinte anos, é o melhor exemplo das confusões e contradições do Direito americano durante o prolongado período da elaboração do Código.

1.1.2.2. A ADOÇÃO DO SISTEMA DA *COMMON LAW* NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

NON

De qualquer sorte, a *common law* triunfou nos Estados Unidos da América. Conforme David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p.452), não há muita necessidade de nos interrogarmos sobre as razões que explicam o triunfo da

common law. A língua inglesa e o povoamento originariamente inglês dos Estados Unidos, além de obras de juristas magistrais, entre os quais Kent, Blackstone e Story, contribuíram de forma decisiva para que os Estados Unidos da América adotassem essa modalidade de sistema jurídico. Não mais se discute, pois, o triunfo da *common law*. Num grande número de Estados, as leis estabeleceram que a *common law*, tal como se apresentava nessa ou naquela data, era o Direito em vigor no Estado. Em outros Estados, não se julgou útil fazer uma proclamação desse teor. Contudo, o conflito que, como se viu, atravessou décadas e décadas, não foi estéril, uma vez que deu à *common law* americana características próprias e particulares em confronto com a *common law* inglesa. O Direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios, e é profundamente diferente do tipo inglês. Os próprios conceitos se tornaram diferentes e os dois Direitos já não se identificam pela sua estrutura. Não se deve, contudo, exagerar nas diferenças. Apesar delas, existe um fundo comum aos dois direitos que é muito importante: o bastante para que os americanos se considerem membros da família da *common law*.

Discorrendo sobre a história, o desenvolvimento e a estrutura do Direito norte-americano, Friedman (1993, p.80) ilustra que cada Estado tem seus próprios códigos de processo. Em teoria, cada estado federado é livre para

elaborar seus próprios procedimentos especiais. De fato, porém, os sistemas processuais dos diversos Estados tem muito em comum. Existentes desde 1938, as Leis Federais de Processo Civil tem sido um modelo a seguir. Cerca de trinta e cinco Estados adotam tais leis para uso local. Ao demais, todos os Estados, com exceção da Louisiana, formam parte da tradição da *common law*.

Continuando, assevera o professor americano que a tradição da *common law* sustenta-se em muito no princípio da oralidade, porque os tribunais desse tipo de sistema preferem a palavra falada ao documento escrito: "No es que los tribunales sean refractarios a los papeles. Por el contrario, nadan entre papeles; en muchas causas se presentan cajas y mas cajas de prueba documental, deposiciones y documentos de todas clases. (...) Los documentos son indispensables, pero la palabra viva constituye todavía la base fundamental del proceso del *common law*; el testimonio fresco que sale de la boca de testigos vivos, que respiran, que se hallan de pie o sentados a plena vista en la sala, preguntados y repreguntados por los abogados. Es un sistema tan familiar y está tan arraigado, que no podemos imaginarlo de otro modo; los americanos encuentran sorprendente que haya otras formas de celebrar juicios; que existam sistemas en que, básicamente, los jueces procedan a base de manejar papeles y documentos"(grifei).

1.1.2.3. ESTRUTURA DO DIREITO DOS ESTADOS

UNIDOS

O Direito, tanto para o jurista inglês como para o americano, desenvolve-se sob a forma jurisprudencial. Os juristas desses países têm as regras de Direito produzidas pelo legislador (statutes) como algo "anormal" no sistema. De qualquer maneira, tais regras (statutes) são sempre melhor assimiladas depois de devidamente interpretadas pelos tribunais, mormente se se tratar do Direito norte-americano. Quando não existe precedente, diz-se que "**There is no law on the point**", mesmo que exista uma lei que preveja a situação sob análise.²⁴

Os tribunais, conforme Friedman (ibidem, p.67), em muitos aspectos, são a parte mais familiar do sistema jurídico vigente nos Estados Unidos. Quando se pensa em "Direito", vem à mente a imagem dos "tribunais". A organização americana é complexa, em parte por causa do sistema federal. Cada Estado tem sua própria organização e não dois exatamente iguais, o que, sem dúvida, torna a

²⁴ Ver, para tanto, David e Jauffret-Spinosi, op.cit., p.458; também FARNSWORT, op.cit.

questão mais complicada, pela dupla organização dos tribunais do país. Existe uma rede de tribunais nacionais (federais) no topo da hierarquia, além dos tribunais dos Estados membros. Em cada Estado, desde o Alabama até o Wyoming há pelo menos um tribunal federal. A pessoa que vive na Filadélfia se acha sob duas jurisdições bem distintas - a do tribunal local e do tribunal federal.

Existe, pois, uma hierarquia de jurisdições: as jurisdições federais e estaduais. Ocorre que a divisão da competência entre essas jurisdições não se baseia nos mesmos fundamentos que determinam a competência legislativa do Congresso e dos legislativos estaduais. Assim, as jurisdições dos Estados podem julgar litígios referentes a matérias sobre as quais o Congresso não pode legislar, bastando, para isso, que as partes sejam naturais de Estados diferentes e que o contencioso seja relevante. Coloca-se aí um problema: as jurisdições federais podem ter sua própria jurisprudência, mesmo quando a causa se refere a uma matéria que escapa à competência legislativa das autoridades federais? Uma lei federal, respondem David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p.464), promulgada em 1789, deveria, aparentemente, dissipar toda a dúvida quanto à solução a ser adotada. De fato, essa lei prescreve às jurisdições federais, para as matérias não abrangidas por uma lei federal, a aplicação das leis (*the laws*) de um Estado

determinado, aquele que for designado pelas normas de conflitos de leis em vigor no lugar em que a jurisdição federal em questão é estabelecida. Essa disposição parece determinar que, exceto quando existir lei federal, se deve aplicar o Direito de um Estado. Mas surge uma dúvida acerca da interpretação a dar a esta expressão: *the laws*.

Decisão momentosa para as relações entre a União e os Estados foi proferida em 1938, no caso *Erie Railroad v. Tompkins*. Reformou-se, então, jurisprudência pacífica de quase um século²⁵, segundo a qual não era obrigatória a aplicação do Direito estadual, pelos tribunais federais, nas hipóteses de diversidade de cidadania dos litigantes, mas simples questão de cortesia. Sustentou a Corte no caso *Erie Railroad v. Tompkins*:²⁶ Salvo quando se tratar de matéria

²⁵ Sobre a aplicação da jurisprudência desse caso, consultar Corwin, 1953, p.603-608. Trata-se da revogação do caso *Swift v. Tison*, 16 Peter 1(1842). A questão suscitada era a de saber se o portador de uma letra de câmbio devia beneficiar-se do princípio de inoponibilidade das exceções. Seria assim se ele tivesse adquirido tal letra de câmbio a título oneroso, fornecendo uma *consideration*. Mas trata-se deste caso? Era duvidoso, segundo o Direito do Estado de Nova Iorque. O juiz Story considerou que não devia se referir a este Direito, uma vez que a questão não estava regulada por uma lei (*statute*) do Estado de Nova Iorque e decidiu que existia uma *consideration* segundo a *general common law*.

²⁶ Um certo Tompkins seguia, à noite, no estado da Pensilvânia, por um caminho de terra ao longo de uma ferrovia. passou um compoio de mercadorias. Tompkins foi derrubado e ferido pela portinhola aberta de um dos vagões. O trem era de Erie Railroad Corporation, registrada no Estado de Nova Iorque. Tompkins ingressou com ação de perdas e danos no Tribunal deste Estado. A

regulada pela Constituição ou por leis do Congresso, o Direito aplicável é estadual, seja decorrente de lei ou de decisão judicial, uma vez que "não existe uma *common law* federal e geral". O juiz Brandeis, como relator do acórdão, afirmou ser a jurisprudência anterior errônea e inconstitucional, por invadir os poderes reservados aos Estados. Adotava-se, assim, a opinião sustentada dez anos antes por Holmes, em voto vencido: "A *common law* executada num Estado, quer a denominemos *common law* ou não, não é a *common law* em geral, mas o Direito daquele Estado, cuja existência deriva da autoridade do mesmo, sem considerar o que possa ser na Inglaterra ou em qualquer outro lugar...A autoridade e única autoridade é o Estado e, se assim é, o entendimento adotado pelo Estado deveria ser a última palavra a respeito".²⁷

competência dos tribunais federais não era duvidosa. Também não era discutido que estes tribunais devessem julgar segundo *the laws of Pennsylvania*, conforme a seção 34 do Ato Judiciário de 1789. A tese da ré era no sentido de que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal da Pensilvânia, Tompkins não tinha direito à indenização, por ser um *trespasser*. A tese do autor era de que, quando o *Judiciary Act* obriga o juiz federal a aplicar *the laws of Pennsylvania* esta expressão deve ser entendida como *statutes*. Como não havia lei nesse sentido, o juiz deveria aplicar a *common law*. Por *common law* deveria se entender a *general common law* dos Estados Unidos e não a jurisprudência (*common law*) do Estado da Pensilvânia. Vencedor em primeiro grau, Tompkins foi derrotado na Suprema Corte, que anulou a decisão, mandando que fosse aplicada a *common law* da Pensilvânia. Cfe. David e Jauffret-Spinosi, op.cit. p.468

²⁷ Ver, para isso, Rodrigues, op.cit., p.199 e 200.

Viu-se, destarte, que não existe uma *common law* federal. Esta fórmula, afirmada no case *Erie Co. v. Tompkins*, tornado *precedent*, não tem, porém, um alcance absoluto, uma vez que pode acontecer que exista uma *common law* em certas matérias que são da competência legislativa das autoridades federais. Existe, por exemplo, uma lei federal sobre marcas e patentes. Considera-se que, nestas matérias, o Direito federal ocupou inteiramente o campo, fazendo desaparecer a autonomia dos Estados.

A questão é mais delicada quando se trata de matéria para a qual, se bem que tenha direito de legislar, o poder federal não estabeleceu regras. Foi de forma excepcional que se admitiu, nesse caso, que os juizes possam decidir em nome de uma *common law* federal. Essa admissão ocorreu em certos domínios, notadamente no que diz respeito ao Direito marítimo (*Admiralty law*), sem dúvida em virtude do particularismo desse Direito, que não foi formado nem aplicado pelos tribunais de *common law*.

1.1.2.3.1. A ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA NORTE-AMERICANA

1.1.2.3.1.1. A ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA DOS ESTADOS MEMBROS.

A primeira instituição da justiça estadual é a Justiça de Paz, originária da Inglaterra. Tem competência para realizar casamentos, atividades notariais e decidir questões civis e penais de menor potência. Os *Justices of the Peace* são eleitos, com mandatos que variam de 2 a 6 anos. Além da Justiça de Paz, existem as denominadas *Municipal Courts*, que são cortes estaduais (*Traffic Court, City Court, Night Court, Police Court*). Há também as *County Courts*, que têm jurisdições civis e penais em áreas geograficamente maiores. Acima delas se situam as *Appellate Courts*. Nos Estados, existem, como instância final, as *Final Courts os Appeals*, denominadas, na prática, de *Supreme Courts*.

1.1.2.3.1.2. ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA FEDERAL

No âmbito federal, existem as *Constitutional Courts*, que são de duas instâncias. Na primeira estão as *U.S. District Courts*,²⁸ que equivalem, no Brasil, aos nossos

²⁸ Cfe. Friedman, op.cit., p.72: "los tribunales federales están organizados en tres niveles. Les falta, sin embargo, un nivel inferior de base. No hay tribunales de pequeñas reclamaciones ni jueces de paz federales (aunque el tribunal superior del Distrito de Columbia tiene una

juízes federais. Na segunda, vêm as *U.S. Courts os Appeals*, equivalentes, em nosso país, aos tribunais Regionais Federais²⁹ e, no vértice, a *U.S. Supreme Court*, com

sección de pequeñas reclamaciones y conciliaciones). En los estados, un nivel federal inferior es el Tribunal de distrito; este es el tribunal federal básico para el enjuiciamiento. Los otros dos niveles, los tribunales de circuito y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se limitan, en general a las apelaciones." Alerta, porém, que "esto no siempre ha sido así. Hoy en día damos por sentada la estricta separación entre los tribunales de enjuiciamiento y los tribunales de apelación. Esta distinción no era tan clara a principios del siglo diecinueve. Los jueces de los tribunales superiores, estatales y federales, a menudo también celebraban juicios. Incluso los Magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos ejercían también como jueces itinerantes o de circuito. A cada magistrado le era asignada una determinada región del país. Cada año el juez hacía su circuito itinerante e iba viendo las causas. Esta carga no fue suprimida hasta finales del siglo diecinueve. En 1891, el Congreso convirtió en opcional este trabajo itinerante; el trabajo de circuito fue menos frecuente. En el siglo veinte fue completamente abolido. Hay, aproximadamente, un centenar de tribunales de distrito federales. Cada estado tiene, al menos, uno. En los estados más pequeños, el distrito está formado por todo el estado; en los mayores suele haber más de un distrito".

- 29 "Durante muchos años hubo diez tribunales de esta clase. El Congreso, recientemente, creó el decimoprimer, partiendo en dos el antiguo Distrito Quinto, que se extendía desde Florida hasta Texas y había aumentado muy rápidamente de población. Los tribunales de circuito, contrariamente a los tribunales de distrito, no son unipersonales. Los jueces administran justicia formando sala de tres. El número total de jueces varía y va desde cuatro, en el Circuito primeiro (este circuito abarca Massachusetts, New Hampshire, Maine y Puerto Rico), hasta veintitrés en el Circuito Noveno; un circuito gigante que incluye a California, a ocho estados más del Oeste, a la isla de Guam y a las Marianas del Norte. Si una causa es lo bastante importante, la oirá no una sala, sino el pleno, esto es, todos los jueces del distrito.(...) En muchos casos, ciertamente en la gran mayoría, los tribunales de circuito son el final del trayecto. Por encima de ellos se divisa, con toda sua majestad, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos". Cfe. Friedman, op.cit., p.73.

competência originária descrita na Constituição.³⁰ A Suprema Corte seleciona, a princípio, os milhares de casos trazidos, via recurso, para julgamento. Em 1982, houve uma recusa de 93%. As apelações, que são poucas (10%), fazem parte dos *mandatory cases*, ou seja, devem ser obrigatoriamente examinadas pela Corte. Hoje, mais da metade das causas decididas recursalmente têm cunho penal, envolvendo questões relacionadas a direitos e garantias individuais.³¹

1.1.2.4. A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA. ALCANCE DA REGRA DO *PRECEDENT*

Ao contrário do sistema romano-germânico, a jurisprudência na *common law* ultrapassa os limites da lide entre as partes, constituindo fonte básica de criação do Direito. Como já demonstrado por ocasião do estudo da *common law* inglesa, desde o século XIX a regra do *precedent* impõe aos magistrados regras de Direito destacadas de outras decisões. Nos Estados Unidos existe a mesma regra, denominada de *stare decisis*³², porém não funciona com o

³⁰ Sobre a Suprema Corte hoje e seu perfil, ver importante texto de Mathiot, 1984, p.59-75.

³¹ Consultar Maciel, 1994, 1994.

³² A expressão é abreviatura de *decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida como "aderir aos precedentes e não alterar as coisas que já estão

mesmo rigor da inglesa. A existência de um sistema federativo faz com que seja necessário abrandar o sistema de *precedents*³³, uma vez que é preciso evitar que se estabeleçam entre os direitos dos diversos Estados-membros diferenças consideráveis.

A decisão judicial apresenta dupla função: a primeira, que não é peculiar àquele Direito, é definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal, pois na doutrina da *res judicata*, as partes não podem tornar a discutir questões já decididas. A segunda função da decisão judicial - característica da tradição inglesa -, é estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma.³⁴

Tudo o que de certo se pode dizer, acerca da regra do *stare decisis* nos Estados Unidos, é que ela comporta uma importante limitação: o Supremo Tribunal e os

estabelecidas". Ver verbete no Black's Law Dictionary, op.cit.

³³ Conforme o juiz da Suprema Corte Benjamin Cardozo, "atrás dos precedentes se encontram as bases das concepções jurídicas, postulados do pensamento judicial, e ainda mais atrás estão os hábitos de vida, das instituições das sociedades, que são a origem daquelas concepções e que, por um processo de ação recíproca, são, por sua vez, modificados por elas. Não obstante, em um sistema altamente desenvolvido como o nosso, o campo já está de tal modo coberto de precedentes, que eles constituem o ponto de partida do trabalho do juiz.". In Farnsworth, op.cit., p.68.

³⁴ Para tanto, ver Farnsworth, op.cit., p.48 e segs.

Supremos tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados a suas próprias decisões e podem desviar-se de sua jurisprudência. Por outro lado, como já se demonstrou, os Estados são soberanos e a regra do *stare decisis* apenas funciona, no tocante às matérias do domínio de competência dos Estados federados - às quais é necessário acrescentar, depois do já especificado caso *Erie Co. v. Tompkins*, as jurisdições federais, quando têm de aplicar o Direito de um Estado.³⁵

Pode-se dizer, destarte, que, atualmente, a lei escrita (*statutes*) e as decisões judiciais estão em plano de igualdade nos Estados Unidos. Para Farnsworth(1963, p.74), embora a jurisprudência constitua tradicionalmente o núcleo no sistema do Direito de tradição inglesa, a legislação cresceu de tal maneira em quantidade e importância nos Estados Unidos que é a força criadora dominante em muitos setores. Isto é particularmente verdadeiro no que se refere às leis federais, mas a legislação brota também de inúmeros corpos legiferantes nos níveis estaduais e regionais.

Conforme Gilmore(ibidem, p.25 e 26), no início do século era comum a distinção entre função judicial e legislativa. Os tribunais decidiam de acordo com o Direito Consuetudinário ou as leis escritas. Somente o Legislativo é

³⁵ Ver Dworkin, 1986. Também Friedman, op cit.

que podia alterar as leis, cabendo aos tribunais a obrigação de executá-las. Mas verificou-se, mais tarde, que tal distinção não era sustentável. Segundo já asseverava o juiz Holmes, os tribunais, na verdade, legislam, ou seja, alteram as leis. Com a progressiva codificação da lei substantiva neste século, uma parte considerável da produção legislativa tem sido nada mais do que a confirmação das decisões baseadas no Direito Consuetudinário.

Já no ano de 1947, o juiz da Suprema Corte Felix Frankfurter, citado por Farnsworth (ibidem, p.74), dizia, a respeito do tema, que o trabalho da Suprema Corte não pode deixar de refletir a grande oscilação no centro de gravidade da criação do Direito. De modo geral, o número de casos solucionados pelas decisões da Corte Suprema não sofreu modificação. No entanto, mesmo numa data tão afastada quanto 1875, mais de 40% das controvérsias trazidas à Corte consistiam em litígios com base no Direito de tradição inglesa; 50 anos depois, apenas 5%, e hoje os casos não baseados em leis estão reduzidos a zero. É, portanto, acertado dizer que os tribunais deixaram de ser os principais autores do Direito, no sentido de que eles "legislam" o Direito de tradição inglesa. E arremata, afirmando: "Não há dúvida na Corte Suprema de que quase cada caso tem uma lei em seu íntimo ou perto dele".

Sobre essa dicotomia *statute-common law*, Edward D. Re (1994, p.31) lembra que, hoje, a legislação cobre tão extensamente quase todos os ramos do Direito, tanto público como privado, que não se pode mais pressupor que o ponto de partida seja um precedente judicial. Normalmente, o ponto de partida deve ser a política legislativa expressa num texto legal significativo. Os tribunais, naturalmente, devem interpretar e aplicar a legislação. O sistema, no entanto, exige que os tribunais examinem os precedentes judiciais que a interpretaram e aplicaram anteriormente. Nesse ponto, no entanto, continua o professor da Faculdade de Direito da St. John's University, de Nova York, uma questão mais séria é introduzida no processo. Os juizes podem tender a atribuir maior significado aos precedentes do que à legislação que aqueles precedentes pretenderam interpretar e aplicar. Os tribunais se defrontam, portanto, com a difícil tarefa de determinar o peso relativo a ser atribuído à política legislativa de um lado e ao precedente jurisprudencial de outro. Naturalmente, constitui função judicial interpretar e aplicar um texto legal. Porém, chama a atenção para o fato de que, no sistema jurídico americano - governo tripartite - , "o tribunal deve ser fiel aos propósitos e política legislativa. O juiz não pode se olvidar que o governo comporta três poderes e que, ao decidir o processo, ele está cumprindo uma responsabilidade institucional da corte".

Finalmente, no que tange à doutrina do *precedent* no sistema americano, deve ficar claro que a autoridade obrigatória é a das decisões dos tribunais superiores da mesma jurisdição e das decisões do próprio tribunal. Como não é de esperar que o Tribunal inferior ignore uma decisão anterior do tribunal superior na mesma jurisdição, com poder de revisão, o que interessa saber é até que ponto um tribunal seguirá uma de suas próprias decisões anteriores. A questão é posta ao ser tomada uma decisão isolada, pois, embora o peso da autoridade persuasória varie em número de decisões análogas, basta decisão uma anterior para constituir precedente. Para resolver tal problemática é importante distinguir entre decisão, conhecida no sistema americano como *holding* (no Direito inglês se chama *ratio decidendi*) e fundamento, chamada pelos americanos de *dictum*.³⁶

Em magistral síntese, Brumbaugh, citado por Edward D. Re (1994, p.28), diz que as decisões não são proferidas para que possam servir de precedentes no futuro, mas, antes,

³⁶ Ver para tanto, Farnsworth, op.cit., p.64 e 65, que ensina que essa distinção provém do Direito inglês, caracterizado pela boa-fé na honestidade processual da parte adversária e pela consequente convicção de que os juízes, em sua qualidade de árbitros imparciais, têm competência para decidir somente a matéria em litígio. No que se refere a essa matéria, suas decisões constituem precedente e têm autoridade obrigatória. Ao contrários dos legisladores, os juízes não podem estatuir regras para casos que não lhes foram submetidos e o que dizem sobre essa outra matéria não tem força vinculante (*dictum*).

para solver as disputas entre os litigantes. A autoridade do precedente dependerá e estará limitado aos "fatos e condições particulares do caso 'que o processo anterior pretendeu adjudicar'". Em razão disso, os precedentes não devem ser aplicados automaticamente. Estuda-se o precedente para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente um *dictum*, que goza somente de força persuasória. Os fatores que afetam ou determinam o grau de persuasão que podem alcançar os *dicta* tem relevância no contexto da decisão de que é integrante? Mais ainda, pergunta o autor: "A corte ou o juiz que o proferiu goza de especial respeito por sua sabedoria ou cultura jurídica? O *dictum* é razoável?"

A distinção entre os fundamentos de uma decisão e seus *dicta* é garantida pela natureza do debate em contraditório que prevalece na *common law*. A razão para a distinção foi assim expressada por John Marshall, Presidente da Suprema Corte: "Constitui máxima que não deve ser desconsiderada o fato de que as expressões gerais em qualquer decisão devam ser consideradas em relação ao caso no qual tais expressões sejam utilizadas. Se elas tiverem uma amplitude que exceda ao caso, elas podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento em processo subsequente quando a questão propriamente dita for apresentada para decisão. A razão dessa máxima é óbvia. A questão que de fato está submetida ao juízo é cuidadosamente

investigada e considerada em toda sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são considerados na sua relação com o caso decidido, mas sua possível influência sobre todos os outros casos é raramente investigada em profundidade".³⁷

1.2. O SISTEMA ROMANO-GERMANICO

1.2.1. ORIGEM

Também chamado de sistema de Direito continental, este segundo grande grupo é caracterizado por sua descendência romana.³⁸ Os direitos europeus modernos derivam do Direito romano, no decurso de um secular ajustamento

³⁷ Cfe. Re, Edward, op.cit, p.28 e 29.

³⁸ No dizer de Terré, 1991, p.34, "la famille romano-germanique est celle dans laquelle se range le droit français; elle englobe également les droits du continent européen (sauf les pays socialistes) et ceux de l'Amérique latine. La famille romano-germanique groupe les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain, mais où le contenu du droit est un amalgame de solutions romaines et germaniques. Les règles du droit sont certes différentes dans les divers pays appartenant à la famille romano-germanique. Partout cependant, dans ces pays, on classe les règles dans les mêmes catégories, on emploie le même vocabulaire, issus de la science des romanistes. Partout, aussi, à notre époque, on considère que la base du droit se trouve dans la législation, et cette conception a conduit de façon générale à promulguer des codes, notamment des codes civils".

deste último a situações econômico-sociais profundamente diferente, esclarece Losano (op.cit, p.33 e segs). A história de Roma apresenta, segundo ele, duas fraturas fundamentais que dividem o seu Direito em três fases. A primeira é constituída pela guerra contra Aníbal, por volta de 200 A.C., quando, em pouco mais de meio século, o poderio romano se estende do Lácio aos territórios mais importantes do mundo antigo. O Direito primitivo sintetizado nas XII tábuas e elaborado pelos pontífices, revela-se inadequado para uma sociedade que deslocou seu centro econômico da agricultura para o comércio. Embora respeitando a tradição jurídica, o Direito adapta-se às novas exigências, principalmente por ação do *praetor*: do século I ao III D.C. floresce a jurisprudência clássica romana. A segunda fratura verifica-se depois da morte de Alexandre Severo (235 D.C.), quando as migrações bárbaras ultrapassam as fronteiras no Danúbio e no Reno, ao mesmo tempo em que força renovada dos persas transborda para além do Eufrates. Assim, o centro de gravidade do império desloca-se mais para o Oriente, que herda as leis romanas, mas sobre elas atua com um espírito que já não é romano. É esta adaptação a povos com tradições tão diferentes que faz do Direito romano-helênico um verdadeiro Direito universal: a sua ductilidade torná-lo-á aplicável até 1900 ³⁹. Este Direito encontra a sua expressão

³⁹ Sobre a história e as fontes do Direito romano, ver Meira, 1966.

mais acabada no *Corpus juris civilis* de Justiniano⁴⁰, o qual, embora hoje tendemos a encará-lo como um todo unitário, tinha na origem quatro obras muito diferentes uma

40 Para Puceiro, 1984, p.99 e 100, comentando a importância do Direito romano e sua recepção, assevera que os estudos sobre a matéria não têm alcançado posições definitivas. Para alguns, como Wieacker, "la contribución del derecho justinianiano al conjunto de la cultura europea no estribó pues, en modo alguno en la *calidad* o *justicia* de sus normas e instituciones, sino en la disciplina metódica de un pensamiento jurídico autónomo y en la inferencia de la decisión de la virtud intelectual del concepto, es decir, en el predominio de la ciencia sobre la vida, y finalmente, en las reservas de ética jurídica realmente vivida atesoradas en las obras de los grandes juristas romanos...", e, para outros, "los aspectos científicos ocuparían un segundo plano frente a la importancia de los aspectos estrictamente políticos: "...el derecho romano no fue objeto de la recepción por sus intrínsecas calidades, sino por ser el derecho del *imperium romanum*, cuya idea pervive en el imperio alemán y en la cultura europea"... "la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La receptibilidad de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el derecho que recibe, condicionada, además, a la circunstancia de que el sistema jurídico que se adopta haya sido al propio tiempo creado por un gran poder político que exista todavía en la actualidad como tal, o cuyo recuerdo, así como la cultura que representa, se mantengan todavía vivos. Podemos decir, por tanto, que la recepción de un sistema de derecho extraño, es un fenómeno que tiene su raíz en la autoridad que emana de este sistema o, cuando menos, en la que se atribuye todavía"(Koschaker, P, Europa y el derecho romano). As teses expostas se referem, segundo Puceiro, "a aspectos en realidade complementarios lo cual resulta especialmente claro en el planteo mucho más amplio de Wieacker. El fenómeno de recepción de un ordenamiento jurídico por parte de un determinado ámbito no es nunca un fenómeno pasivo y en la mayor parte de los casos, no implica otra cosa que la culminación de un proceso de asimilación de formas culturales, espirituales y políticas más complejas, con lo que el derecho receptado no llega a ser, en rigor de verdad, un fenómeno totalmente extraño.(...)".

das outras, tais sejam: o Digesto, composto de cinquenta livros, em que se encontravam reunidos fragmentos extraídos das obras dos principais juristas romanos; também era chamado de Pandectas; o Código, que compreendia as leis imperiais, repartidas em dozes livros; as Institutas, que era uma obra didática encomendada pelo imperador para facilitar o aprendizado de seu Direito; e, por último, as Novelas, que, embora fosse a compilação de leis mais recentes, tinha o condão de derogar leis anteriores.

No Império do Oriente, narra Losano(ibidem), a codificação justiniana mostrou-se ultrapassada, não só pela natural evolução do Direito, como por problemas religiosos e por naturais problemas lingüísticos. Sobre o Direito romano-bizantino estratifica-se, mais tarde, o Direito islâmico e esta área do Mediterrâneo sai da órbita dos direitos de origem românica, para só no século XIX nela reentrar. A civilização romano-bizantina transmite à Alta Idade Média da Europa Ocidental um Direito romano cristalizado numa forma sistemática que se apresenta como definitiva. Tal passagem de costume vivido a livro estudado balizou a existência do Direito romano até nosso século, uma vez que tornou possível a aplicação ao Direito das técnicas interpretativas teológicas. Depois de 1200, os tempos estavam maduros para o surgimento do Direito público, cujo objeto era a estrutura dos Estados e as normas judiciárias. Papel importante nesse sentido foi desempenhado pelo surgimento das monarquias

escandinavas e eslavas, ao mesmo tempo que as da Espanha, França e Inglaterra afirmavam com decisão a sua autonomia.

Com Ancel(ibidem, p.60), pode-se dizer que a antiga divisão dos Direitos ditos latinos e dos Direitos ou costumes germânicos esvaziou-se historicamente pela recepção do Direito romano na Alemanha e na Europa Central. O fenômeno implicou, até o final do século XVIII, a constituição e predominância de um "Direito comum europeu" que assegurava a unidade do grupo que hoje é chamado romano-germânico. Deve-se ressaltar que essa unidade foi comprometida, mas não destruída, pelas codificações nacionais do século XIX. Embora as codificações independentes tendessem à diversidade, todas tinham a herança romana, ou dela partiram, e é assim que a teoria das obrigações civis, mais uma vez, é amplamente comum a todos os países do grupo romanista.

Note-se que isto não significa, conforme alerta Ascensão(1977, p.130-131), que em todos os casos se tenha feito sentir a presença física das legiões romanas, ou que o Direito romano se tenha de outro modo propagado no tempo do império. Há regiões, como a Escandinávia, em que isso de nenhum modo aconteceu. Em outras houve até a erradicação do Direito romano, após a invasão bárbara.

O fundamental é que o prestígio do Direito romano acabou por fazê-lo prevalecer sobre as ordens indígenas das ordens jurídicas de territórios que tinham ou não estado submetidos, diretamente, ao domínio romano. Nos primeiros, em que os países mediterrâneos se incluem, operam-se através dos séculos sucessivas recepções do Direito romano, que são importantes para a romanização da sua ordem jurídica como a marca deixada pelos romanos.

Lembra Ancel (ibidem) que o Direito era ensinado e desenvolvido de forma análoga nos territórios ocupados, além de existir uma língua jurídica comum ou, ao menos, uma maneira de se expressar tal que as traduções de uma língua para outra eram fáceis. Até as divergências entre os diferentes países dessa família tiveram origem comum. Na França, a supremacia do *code* limitou durante décadas, a doutrina da exegese dos textos, que era feita conforme a lógica de raciocínio romana. Já na Alemanha, a ausência de codificação durante o século XIX e a permanência de um "Direito romano atual" permitiram o desenvolvimento e os trabalhos da escola dos Pandectistas. do que se originou, mais tarde, em 1900 - como produto de uma sistematização dogmática -, o B.G.B, como contraposição do Código Civil Francês de 1804. O Direito continental conserva, portanto, em grande medida, sua estrutura unificada.

Pode-se notar que o movimento do que se chamou de renascimento do Direito natural constitui, em verdade, um retorno à idéia de Direito comum, de *jus inter gentes*; e, de outro lado, as codificações recentes desmentem a oposição que se acreditava poder estabelecer entre "Direito latino e Direito germânico". O Código Civil Italiano de 1942 muito deve ao B.G.B.; e, ao contrário, a Holanda, a Austria, e mesmo os países escandinavos, encontram-se muito mais próximos da técnica legislativa francesa do que a sistematização abstrata alemã⁴¹. Como conclusão, assevera Ancel (ibidem): "Se acrescentarmos a importância da herança romana na América Latina, onde se combinam a influência do Código Napoleônico, do B.G.B., do Código Civil Suíço e do Código Italiano, somos compelidos a reconhecer a homogeneidade do sistema romanista por inteiro".⁴²

1.2.2. PRIMADO DA LEI E FONTES DO DIREITO NO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

Como nos países filiados ao sistema romano-germânico vigora o Direito escrito, a lei é considerada a fonte primordial, quase exclusiva, do Direito. A função dos

⁴¹ Sobre a história do direito germânico e a recepção dos direitos estrangeiros, ver Brunner e Von Schwerin, 1936.

⁴² Sobre o sistema jurídico latino-americano e sua caracterização, ver Vázquez, 1969.

juristas passa a ser a de, sua tarefa interpretativa, descobrir a vontade e espírito do legislador. Porém, se sabe que a soberania absoluta da lei não passa de uma ficção⁴³. O costume, a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do Direito fazem parte do que se chama modernamente de fontes do Direito.

O que deve ser dito é que a partir do século XIX, quando a maioria dos países filiados ao sistema romano-germânico editou os seus códigos e promulgou as suas constituições, os juristas passaram a buscar na lei sua principal fonte de inspiração. As leis escritas são tratadas, então, de forma hierárquica, tendo no topo da pirâmide as Constituições dos países.

⁴³ No dizer de Cueto Rúa, 1986, p. 247, "los códigos siguen conservando su prestigio en todos los países de tradición romanista. Se los sigue utilizando de manera prioritaria. Son guía indispensable para el conocimiento del Derecho y base primaria para la búsqueda de soluciones racionales, consistentes y omni-compreensivas de los problemas característicos tanto de las relaciones económico-financieras como de las relaciones no-económicas (v.gr. las familiares). pero los códigos han dejado de constituir el paradigma normativo y el eje alderedor del cual gira la actividad jurídica. Su predominio se ha visto amezazado por dos desarrollos relativamente recientes. Por un lado se ha multiplicado la acción legiferante en sus diversas manifestaciones (leyes propiamente dichas, reglamentos, regulaciones administrativas) y, por el otro, ha crecido la influencia de la jurisprudencia como instrumento de determinación específica de los sentidos normativos generales, y como fuente diferenciada del Derecho".

Muito embora isso, o Direito encontra-se nos países de família romano-germânica não só nas regras de Direito, como são formuladas pelo legislador, mas também na interpretação que os juizes fazem desta fórmula. É permitido indagar-se se tal afirmativa não destrói o alcance da asserção, segundo a qual a regra de Direito é concebida com um sentido abstrato e validade *erga omnes*. Não se regressará a uma concepção muito próxima daquela que coloca a regra de Direito no nível das espécies submetidas à jurisprudência? Não se estará aproximando, perigosamente, a *civil law* da *common law*? Ascensão (ibidem, p.130) tenta responder à indagação, asseverando que a lei ocupa indiscutivelmente o lugar cimeiro: ao ponto de em todos os países ter havido a tendência de confundir Direito e lei. O costume, que tem sempre relevância, que se lhe reconheça teoricamente quer não, ocupa um lugar modesto. A jurisprudência, portanto, a resultante das decisões dos tribunais, surge como um elemento subordinado à lei. É certo que modernamente tem havido tentativas para revalorizá-la, mas não parece poder-se ultrapassar a afirmação de que a jurisprudência é fonte mediata do Direito. Há evidentemente desvios, em especial em Portugal e no Brasil, como veremos a seguir; mas basta-nos agora caracterizar o sistema em geral, conclui o professor português.

Cueto Rúa (1986, p.248), muito oportunamente, lembra que a lei é atualmente considerada como um

instrumento de ação direta pelos governos, como meio idôneo para alcançar objetivos propostos pelas autoridades. Deixa de ser somente uma base lógica para reconhecer direitos, passando a ser um meio posto a disposição dos governantes para buscar resultados valiosos. O funcionário público e o juiz são considerados engenheiros sociais convocados a construir um mundo melhor, mais solidário, mais justo, mais eficaz, com a ajuda dos instrumentos legislativos. As mudanças cotidianas dos tempos, como resultado da aceleração do tempo histórico e a rápida modificação dos hábitos e dos comportamentos sociais, sobretudo em face do progresso dos meios de comunicação e de transporte, tem diminuído a gravitação dos códigos, cujo caráter sistemático coerente e compreensivo não convida a uma revisão, ante o risco de perder subsistência e diminuir sua cobertura. Hoje, continua o autor, a emergência de novos problemas, as mudanças constantes da sociedade, as demandas insatisfeitas, reclamam a pronta elaboração de políticas legislativas *ad-hoc*. Em síntese, pode-se dizer que o codificador já não é mais o personagem central do Direito, sendo substituído por uma imbricação entre legisladores, administradores e julgadores.

Ressalte-se, em conseqüência, conforme muito bem aludem David e Jauffret-Spinosi (ibidem, p. 105 e 106), que, qualquer que seja sua importância, é certo que as regras de Direito secundárias elaboradas pela jurisprudência conservam uma maior generalidade que a regra de Direito à qual chega o

juiz quando não é guiado pelo legislador. Por consequência, tem-se nos países da família romano-germânica, muito menos Direito que nos países em que a regra de Direito resulta diretamente de formação judiciária. Os Direitos da família romano-germânica permanecem Direitos fundados sobre princípios, como exige o sistema; porém são Direitos casuísticos e conservam por esse fato, ao que parece, certas vantagens de simplicidade e clareza. Não restam dúvidas que as regras de Direito, tal como os legisladores e os juristas desses países as pensam com o fim de as formular, não se bastam a si mesmas; apelam para as regras secundárias que acabam por as precisar e completar. Elas nem por isso deixam de fornecer, ao Direito destes países, quadros sólidos, não colocados em discussão, o que não deixa de ser vantajoso. Hesita-se, por vezes, nos países onde o Direito é de formação jurisprudencial, em abolir ou modificar uma regra, na medida em que se torna difícil determinar quais as consequências que uma tal derrogação ou modificação importariam para o conjunto do sistema. Torna-se mais fácil, nos países da família romano-germânica, aceitar tais reformas, porquanto se vê mais claramente quais serão as regras atingidas e quais as que subsistirão inalteradas.

1.2.3. A JURISPRUDENCIA E SEU ALCANCE NO SISTEMA ROMANO-GERMANICO

A importância que se atribui às decisões do Poder Judiciário, é dizer, da jurisprudência *lato sensu*, entre as fontes do Direito é o forte elemento diferenciador dos dois maiores sistemas jurídicos vigentes. Dito de outro modo, o papel da jurisprudência somente pode ser precisado em relação direta com a lei escrita.⁴⁴ A contribuição da jurisprudência sempre será, por isso, diferente da que é trazida pelo legislador. Este estabelece comandos com validade *erga omnes*, ao passo que a jurisprudência tem o carácter de eficácia *inter partes*.

Ou seja, a jurisprudência, nos países de tradição romano-germânica, abstêm-se de criar regras de Direito. As decisões judiciais em tais países têm, nesse ponto, grande semelhança. O que difere é o estilo das decisões. Na França, por exemplo, vige a fórmula dos "considerandos", onde a decisão é sintética, muitas vezes em uma só frase, sendo

⁴⁴ Cueto Rúa, *op.cit.*, p.250, ao fazer um diagnóstico da situação do Direito nos países de tradição romano-germânica, diz que "las visibles ventajas de la especificación jurisprudencial de las significaciones legislativas ha llevado al surgimiento de un pujante movimiento de reforma legislativa con la finalidad de atribuir a la jurisprudencia un cierto carácter obligatorio, utilizando diversas técnicas procesales. Se reduce, así, la incertidumbre asociada al carácter genérico de los textos legislativos. La significativa influencia y gravitación del legislador en el Derecho contemporáneo se ve atemperada, en alguna medida, por la creciente influencia del juez. Ambos comparten la importante tarea de suministrar a la sociedad las bases normativas que permitan a los habitantes predecir el problema contenido de las sentencias".

considerada tanto mais perfeita quanto mais concisa for. Tal modelo é adotado, também, na Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Espanha e Portugal, assim como nos países nórdicos, com exceção da Suécia. Em outros países, a decisão é bem mais detalhada, com referência à doutrina e às decisões anteriores, como é o caso do Brasil, Argentina, Alemanha, Suíça e Suécia.

Frise-se, ainda, que em determinados países de Direito romano-germânico, com o fito de unificação da jurisprudência, existe a previsão - contrariamente à sua tradição - de obrigatoriedade da aplicação dos precedentes jurisprudenciais em matéria constitucional, como ocorre na Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça, Portugal, Espanha e México.

De qualquer sorte, mais importantes que diferenças são as semelhanças que podem ser notados no seio dos mais variados ordenamentos jurídicos que compõem o sistema romano-germânico. Semelhanças dizem respeito ao importante e fundamental papel atribuído à lei. A lei, em todos os países desse sistema, parece abarcar a totalidade da ordem jurídica. Os juristas e a própria lei reconhecem, em teoria, que a ordem jurídica pode comportar lacunas, que, entretanto, na prática, são consideradas como insignificantes. A lei forma o esqueleto da ordem jurídica, mas a esse esqueleto vai ser dada vida, em larga medida, por

outros fatores, como a interpretação. Ressalte-se, nesse diapasão, que, de um ponto de vista lingüístico (plano da hermenêutica), não há grande diferenças entre *common law* e *civil law*, o que se pode perceber em autores como Herbert Hart, que fala de uma textura aberta do Direito.

2. O DIREITO BRASILEIRO

2.1. A PRODUÇÃO LEGISLATIVA COMO FONTE FORMAL

A legislação, em países de Direito escrito e de Constituição rígida, é a mais importante das fontes formais. É o caso do Brasil. Há, no Estado moderno - como no Brasil - uma supremacia da lei diante da crescente tendência de codificar o Direito para atender a uma exigência de maior certeza e segurança para as relações jurídicas, devido à possibilidade de maior rapidez na elaboração e modificação do Direito legislado. Com isso, visa-se permitir a sua adaptação às necessidades da vida moderna e pelo fato de ser de mais fácil conhecimento e de contornos mais precisos, visto que se apresenta em textos escritos. Desse modo, o costume, v.g., só será tido como fonte jurídica se a lei o reconhecer.

Alerta Diniz(1993, p. 260-262) que a grande maioria dos autores, ao se referirem ao problema das fontes jurídicas formais, mencionam dentre elas a lei, *lato sensu*,

mas ao fazê-lo não estão olvidando que não é fonte do Direito, mas sim o produto da legislação.¹

Savigny, segundo Aftalion, Olano e Vilano(1972, p.33) denomina fontes do Direito todas as causas de nascimento do Direito em geral, ou seja, tanto das instituições jurídicas como das regras jurídicas particulares formadas pela abstração daquelas: "Se podría suponer que el nacimiento del derecho sea diferente por completo según la influencia del azar o de la arbitrariedad humana, de su inteligencia y sabiduría. Pero a esta suposición se opone el hecho indudable que en todas partes donde aparezca en la conciencia una relación jurídica, desde hace largo tiempo existía para la misma una regla, que, por ende, no hace falta ni siquiera sería posible inventar. En atención a esta cualidad del Derecho general, en virtud de la cual siempre tiene ya existencia real y dada en cualquier estado en el que puede ser buscado, lo denominamos Derecho positivo".

Sob a ótica de Kelsen(1979, p.309 e 310), pode-se dizer que uma ordem jurídica é um sistema de normas figuradas pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. Assim, dessa imagem decorre o princípio estático e o princípio dinâmico. A tese fundamental do mestre de Viena sobre as fontes do Direito situa-se, portanto, na doutrina

¹ Ver, também, Garcia Máinez, 1972, p.52.

da estrutura escalonada do ordenamento jurídico. A ordem jurídica deve ser concebida como um conjunto de normas hierarquicamente estruturadas, ou seja, uma pluralidade de normas gerais e individuais, supra e infra-ordenadas, que regulam o comportamento humano. Para ele (*ibidem*, p.270), "um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas. O princípio segundo qual se opera a fundamentação da validade das normas deste sistema é um princípio estático. Já o princípio dinâmico "é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou - o que significa o mesmo - uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental". O princípio estático refere-se, pois, ao conteúdo da norma jurídica, ao passo que o princípio dinâmico relaciona-se com sua criação. A criação do Direito, enfim, a fonte do Direito -, é, em Kelsen, sempre uma norma superior.

Já para Alf Ross (1974, p.76), a idéia de que as fontes do Direito são os procedimentos para criação de normas não é suficiente, uma vez que isso só explicaria a legislação, sendo inadequado para a compreensão de outras fontes, como o costume, o precedente e a razão. Admite,

entretanto, que a expressão "fontes de Direito" possa ser definida como o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação, por parte do juiz, das regras nas quais este baseia sua decisão. Ressalta, porém, que tal definição não é, em si mesma, necessária para dar conta da ideologia das fontes. Isto significa, segundo o autor escandinavo, que "fontes do Direito", como ideologia, não se identifica, necessariamente, com as "fontes do Direito", entendidas como conjunto de fatores que exercem influência na formulação, por parte do julgador, das regras em que baseia a decisão. Tais fatores são a legislação, o precedente, o costume e a razão. A legislação seria completamente objetivada; o precedente e o costume, parcialmente objetivados; e a razão, não objetivada. A diferença entre a lei, o costume e a razão é apenas de grau. A norma, seja legislativa, consuetudinária, jurisprudencial ou doutrinária, não tem vigência por si mesma, não é dotada de vigência imanente. A possibilidade de sua aplicação pelos tribunais é que a transforma em norma vigente. E os tribunais só as aplicam porque as consideram obrigatórias. Assim, conclui Ross, somente estudando a "ideologia dos juizes", que constitui o objeto da doutrina das fontes, pode-se prever a decisão em virtude da qual a norma adquire vigência.

Estudando o problema das fontes do Direito através da história, Reale (ibidem, p.152) acentua que a Revolução

Francesa teve várias conseqüências, valendô destacar uma delas, tal seja a da necessidade de um Direito único para a totalidade da nação. Surge, por conseguinte, uma realidade histórica de cuja importância muitas vezes nos olvidamos: o Direito nacional, um Direito único para cada nação, Direito este "perante o qual todos são iguais". O princípio da igualdade perante a lei vai pressupor outro, ou seja, o da existência de um único Direito para todos os que habitam num mesmo território. Com o advento do Código Civil francês e dos que foram elaborados, tomando-o como modelo, passaram os juristas a ter um Direito certo pra todos e suscetível de indagação lógica e segura. A ciência do Direito encontrou, sustenta o professor paulista, base para poder atingir notável grau de sistematização.

Constituiu-se, então, na França e também na Alemanha, com reflexos em outros países, uma escola que pretendia construir o Direito baseado no *code*: a escola da Exegese, contra a qual se levantam muitas críticas, mas que, na sua época, lançou as bases da ciência do Direito contemporânea. Nesse sentido, diz Reale(*ibidem*) que, muito embora em nossos dias não prevaleça mais a redução do Direito à lei, isto é, as normas gerais escritas emanadas por órgãos especialmente constituídos para tal fim, "Não devemos esquecer os benefícios que a Escola da Exegese trouxe para o Direito, do ponto de vista da clarificação dos

conceitos, a disciplina dos institutos jurídicos e sua sistematização lógica".

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro², filiado ao sistema romano-germânico, também se deu análogo movimento de afirmação da supremacia do processo legislativo, que, com naturais abrandamentos, corresponde à índole de nosso processo cultural. Destarte, entendendo-se a lei em sentido amplo,³ uma vez que abrange todos os atos

2 O conceito de ordenamento proveniente sobretudo da elaboração de Santi Romano, paralela às idéias de Maurice Hauriou sobre instituição e às críticas de Schmitt ao formalismo, foi absorvido nos últimos decênios pela Teoria Geral do Direito, sobretudo entre os autores preocupados com o tema da estrutura do Direito objetivo. A idéia de ordenamento oferece, à visão do Direito objetivo como um todo, um sentido de "completude", dentro do qual cada parte se vincula ao todo em caráter realmente "estrutural". Isto propicia um certo formalismo, que deve ser controlado, mas permite viabilizar conceitos importantes como o de "construção". Bobbio(1965, p.23), chega a dizer que a construção está para o pensamento jurídico como a explicação para as ciências naturais; e a idéia de construção, usada pela primeira vez por Jhering, pressupõe a de sistema.(El problema del positivismo jurídico. Pressupõe o ordenamento, portanto, na medida em que este é um sistema, em sentido formal.

3 Conforme Reale(1976, p.162 e 163), quando, nos domínios do Direito, se emprega o termo lei o que se quer significar é uma regra ou um conjunto ordenado de regras. Lei, no sentido técnico, só existe quando a norma escrita é constitutiva de Direito ou, esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no ordenamento jurídico em vigor. O nosso ordenamento jurídico se subordina, com efeito, a uma gradação decrescente e prioritária de expressões de competência, a partir da lei constitucional, a qual fixa a estrutura e os feixes de competência de todo o ordenamento.

normativos contidos no processo legislativo brasileiro, no ordenamento jurídico brasileiro temos os seguintes tipos:

1. A lei constitucional, que se sobrepõe sobre todas as outras, o mesmo se podendo dizer da emenda à Constituição.
2. A lei complementar, que diz respeito à organização básica do Estado, cuja existência sempre está prevista na Lei Maior. Exige quorum qualificado para sua aprovação.⁴
3. A lei ordinária, editada pelos legislativos federal, estadual e municipal, dentro de suas competências constitucionais.
4. A lei delegada, que é elaborada e editada pelo Presidente da República, em razão de permissão do Poder Legislativo, nos limites postos por este.
5. As medidas provisórias, que estão na mesma hierarquia da lei ordinária e, embora não sejam leis, têm força de lei. Exigem aprovação do Poder Legislativo.

4 A doutrina constitucional (Silva, 1982, p.215) indica três classes de normas complementares: a) Leis complementares fundamentais; b) Leis complementares orgânicas e c) Leis complementares comuns. Silva, op.cit., p. 223, assevera que as leis complementares tornaram-se moda. Sempre que se quer dar uma certa majestade na regulamentação de determinada matéria, usa-se a lei complementar, com o que, na verdade, se está deformando um conceito que deveria ser preservado.

6. O decreto legislativo, que é norma emanada do Poder Legislativo, independentemente de sanção, tratando de matéria de exclusiva competência desse Poder de Estado.

7. As resoluções do Senado, as quais têm força de lei ordinária, por serem oriundas de deliberação de uma das Casas do Congresso Nacional sobre assuntos de seu peculiar interesse.

8. Normas subordinadas à lei, que são atos de hierarquia inferior à lei, como decretos, regulamentos, portarias, instruções ministeriais, resoluções do Poder Judiciário, Ministério Público etc.

Assim, no Direito brasileiro, a rigor, a fonte jurídica formal é o processo legislativo, que compreende a elaboração de leis - enfim, de todas as categorias normativas referidas no artigo 59 da Constituição Federal, consoante procedimento regulado pelo próprio Texto Magno.

2.2. A JURISPRUDENCIA NO DIREITO BRASILEIRO

2.2.1. ANTECEDENTES NO DIREITO LUSO

Consoante o Livro III, título 75, 51, *in fine*, das Ordenações Filipinas, "O Rey he Lei animada sobre a terra, e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convêm fazer-se assi". Porém, Borges Carneiro, citado por França(1977, p.155) adverte que, de acordo com a Constituição Portuguesa de então, arts. 13 e 74, 3, o poder legislativo passou a competir "às Cortes com a sanção do Rei".

Na inexistência da lei, estabeleciam as mesmas Ordenações que os juizes deveriam julgar de acordo com os estilos e costumes. Não existindo estes para o caso, se se tratasse de matéria relativa a pecado, o julgamento seria segundo o Direito Canônico, e segundo as leis imperiais se não envolvesse tal. A falta de texto aplicável, o próprio rei decidiria, dando azo ao aparecimento das chamadas "decretaes".

é de frisar que as próprias Ordenações já diziam no Livro III, título 69, que os casos "não podem todos ser declarados em esta lei, mas procederão os julgadores de semelhante a semelhante", disposição esta antecedita de outra, no mesmo sentido, do próprio título 65, 52, *in fine*, onde se lê que os desembargos do rei "são leis para desembargarem outros, semelhantes", o que importa a delegação, ao juiz, de um certo arbítrio para resolver os casos omissos. Por outro lado, ensina o mesmo Borges Carneiro que "os arestos ou casos julgados não têm

autoridade senão sobre o caso", mas "sendo as sentenças da Relação muitas e conformes, induzem estilo", o que vale dizer, tem força de lei. Para tanto, porém, deveriam provar-se os seguintes requisitos: a) repetição e conformidade de atos(assento 20.12.1757); b) conformidade com a boa razão(idem); c) não ser contrário às leis do reino(assento de 20.12.1783).⁵ Vale salientar que "por estylos da corte se entendem os da Casa de Supplicação. Os da Casa do Porto se mandarão na da Supplicação em quanto applicaveis; que esta conformesse os seus com os daquella em quanto fosse possível, e que cada uma conservasse os seus (C.R. de 16.6.1609 e de 3.8.1643, e assento de 10.2.1640). Os da dita Casa do Porto forão redigidos pelo Governador Henrique de Souza em 29.3.1612, e reformados em 6.6.1614.(...) Os estylos particulares das Relações, sendo exorbitantes das regras de Direito, não podem estender-se a outros lugares (assento de 13.2.1755)".⁶

2.2.2. ORIGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme França(ibidem, p.157), entre os mestres de aquém-mar, Trigo de Loureiro, repetindo quase ipsis

⁵ Apud França, op.cit., p. 147 e 148.

⁶ Ver Costa, 1973, p.13, que cita as Notas de Cândido Mendes de Almeida às Ordenações Filipinas.

litteris a Coelho da Rocha, aproximava o valor dos arestos do da opinião dos jurisconsultos, atribuindo-se-lhes eficácia apenas nos casos omissos e como coadjuvantes na interpretação da *mens legis*.

No Brasil, de qualquer sorte, a jurisprudência, de início, não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, mesmo porque a Constituição do Império, no seu artigo 72, seguindo pela Constituição de 1891, já determinara que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, no Brasil, nunca teve função legislativa. Só preenchidos certos requisitos, entre eles o da constância, o da não incongruência com as leis vigentes e o da conformidade com a razão, é que se poderia considerar a jurisprudência como categoria integrante do Direito costumeiro, constituindo assim forma de expressão do Direito Positivo.⁷

Com Beviláqua(1929, p.42 e segs), alerte-se, entretanto, não existindo mais a Casa de Suplicação, cabia, ao tempo do Brasil Monárquico, ao Supremo Tribunal a competência para tomar assentos destinados a firmar a inteligênciã das leis civis, comerciais e criminais, quando ocorressem dúvidas na execução delas (Decretos de 23.10.1875 e de 10.3.1876), mas que essa atribuição desaparecera. Cabe

7 Cfe. França, op.cit., p. 157-159.

ressaltar, ainda, que no Brasil, ao tempo da Monarquia, a orientação era firmar critérios unitários para a jurisprudência através de assentos: pelo Decreto 6.142, de 10.3.1876, competia ao Supremo Tribunal Federal tomar assento para a inteligência das leis, quando na execução delas ocorressem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo tribunal, das relações, e dos juizes de primeira instância nos casos de sua alçada.

É necessário frisar, ainda, que a tradição lusa dos assentos, mantida no Império pelo Decreto Legislativo nº 2684/1885, ressurgiu na República, de forma atenuada, na Justiça do antigo Distrito Federal, através do Decreto nº 16273/23, art.165, 2º, através dos prejudgados.

Vale registrar também que o recurso extraordinário, o de revista, os embargos no Supremo Tribunal Federal da Lei nº 623, de 19.12.49, e os prejudgados, tinham como função uniformizar a jurisprudência. Isto sem falar nas Súmulas do STF e dos tribunais superiores, criadas em 1964, da qual se falará, mais adiante.

Em nosso sistema processual, a preservação do princípio da unidade do ordenamento jurídico conta com dois instrumentos: o expediente técnico denominado uniformização de jurisprudência (artigos 476 a 479 do CPC), quando a

divergência na aplicação na mesma lei se der entre órgãos fracionários do mesmo tribunal e o recurso extraordinário, quando tal divergência ocorrer entre tribunais diferentes.

Anote-se, nesse sentido, que, com a proclamação da República, tornou-se necessária a instituição de um recurso capaz de assegurar a unidade e supremacia das leis federais cuja aplicação era confiada, como é natural num Estado federativo, a tribunais pertencentes aos Estados membros. No lugar do antigo "recurso de revista", existente ao tempo do Império com função semelhante, introduziram os legisladores republicanos, pelo Decreto nº510, de 22 de junho de 1890 - portanto antes da Constituição republicana -, um recurso inominado, sob certos aspectos semelhante à antiga "revista", mas inspirado diretamente no recurso existente no Direito americano - o *writ of error*, cabível, como passou a ser o nosso recurso extraordinário, sempre que a decisão impugnada houvesse decidido uma questão sobre validade de tratado firmado pela União Federal, ou relativa a uma lei federal, ou quando a decisão recorrida houvesse dado validade a uma determinada lei local, impugnada como contrária à Constituição ou a alguma lei federal. A Constituição de 1891 consagrou tal recurso no artigo 59, III, parágrafo 1º, sem denominá-lo de recurso extraordinário⁸, não obstante haver antes dela o Regimento

⁸ É importante ressaltar que, criado o Supremo Tribunal de Justiça em 1828, o Decreto de 10.5.1876 autorizou-o a

Interno do Supremo Tribunal, editado a 26 de fevereiro de 1891, adotado tal denominação, a qual, entretanto, só obteve acolhida no texto da Constituição de 1934.⁹

Somente em 1926 deu-se ao Supremo Tribunal Federal função unificadora, relativamente à jurisprudência nacional, inserindo-se, no âmbito do recurso extraordinário, seu cabimento nos casos em que dois ou mais tribunais estaduais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal (art.60, 1º, c). Tal regra vinha se mantendo em todas as demais constituições de nossa atual República, até o advento da atual, de 1988, ou seja: art.76, III, d, da CF de 1934; art. 101, III, d, da Carta de 1937; art. 101, III, d, da CF de 1946; art. 114, III, d, da Carta de 1967 e art.119, III, d, da Emenda nº 1, de 17.10.1969.

Não pode passar despercebida a relevante modificação introduzida pelo legislador constituinte de 1988 no tocante ao recurso extraordinário. Com efeito, pela Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal era quem exercia, concomitante, o papel de uniformizador da jurisprudência (art.119, III, d) e de guardião da constitucionalidade. Com o advento da nova Constituição, o

tomar assentos. A preocupação continuou na unificação da interpretação do Direito e isso se refletiu na Constituição de 1891 ao instituir o recurso extraordinário, por divergência jurisprudencial.

⁹ Ver Silva, 1963, p.30.

Supremo Tribunal ficou apenas com o encargo de julgar recursos extraordinários nas seguintes hipóteses, consoante o artigo 102, III:

a) quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal;

b) quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal.

A tarefa de unificação da jurisprudência, em matéria infraconstitucional, ficou ao encargo do Superior Tribunal de Justiça, conforme disposição contida no artigo 105, III, a, que reproduziu a redação da antiga alínea d do inciso III, do artigo 119, da Constituição derogada.

2.3. A JURISPRUDENCIA E SUA CONCEITUAÇÃO

A palavra "jurisprudência" pode ter, na linguagem jurídica, significados diferentes:

a) em sentido estrito, pode indicar a "Ciência do Direito", também denominada "Dogmática Jurídica" ou "Jurisprudência";

b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória;

c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em "firmar jurisprudência" ou "contrariar a jurisprudência". 10

É nessa última acepção que se coloca o problema da jurisprudência como fonte do Direito. Pode-se dizer, então, que jurisprudência, como fonte formal do Direito positivo, é o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes¹¹. Uma decisão isolada não constitui jurisprudência, alerta Maximiliano (1951 p.226), uma vez que é indispensável que se repita e sem variações de fundo.

10 Cfe. Montoro, 1971. p.90.

11 Vários conceitos são apresentados na literatura jurídica. Assim, Náufel, s/d, diz que "é a interpretação que os tribunais dão às leis, adaptando-as a cada caso concreto submetido a seu julgamento". Nunes, 1956, apresenta três significados: 1º o de ciência do Direito; 2º o de modo pelo qual os tribunais realizam, interpretativamente, a aplicação concreta dos princípios legais vigentes; 3º o de conjunto de decisões uniformes de um ou vários tribunais, sobre o mesmo caso, em dada matéria, o mesmo que *usus foris*; França, 1974, p.145 e 146, trabalha com duas acepções da palavra: a de massa geral das manifestações dos juizes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos a sua autoridade, manifestações essas que implicam uma técnica especializada e um rito próprio, imposto por lei, e a de um conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.

Jurisprudência não pode ser confundida com uma sentença judicial. Esta é decisão individualizada, enquanto aquela, como fonte de Direito, constitui norma geral, aplicável a todos casos idênticos. A jurisprudência se constitui, portanto, através de sentenças idênticas. Daí, como assevera Montoro(1971, p. 90 e segs), a aproximação que muitos autores fazem entre a jurisprudência e o costume. Alguns chegam mesmo a denominá-la "costume judiciário", em oposição ao "costume popular". Embora reconhecida a importância na formação do Direito, divergem os autores e os sistemas jurídicos contemporâneos na apreciação do seu valor. Este é considerável, como já se viu, para o Direito anglo-americano. No sistema latino, de predominância legislativa, seu papel é menos significativo. Entendem alguns que, como fonte eficaz de Direito, esse papel é praticamente nulo: "É mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte normal do Direito positivo", assegura Washington Monteiro(1967, p.204). Nenhum juiz está obrigado a decidir em determinado caso concreto de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, por mais firmada que seja. E nada impede que o mesmo Tribunal modifique sua jurisprudência, orientando-a em sentido diverso do que vinha sendo seguido até então. Na mesma linha, Ráo(1952, p.303) ensinava que a "lei surge como fonte direta e imediata do Direito, seguindo-se, tão somente, com caráter imediato e direto, o costume. Além dessas, nenhuma outra fonte pode admitir-se, nem mesmo

com caráter supletivo. E também se exclui a jurisprudência, isto é, a *autorictas rerum similiter judicaturum*, porque, por maior que seja a influência dos precedentes judiciais, jamais eles adquirem o valor de uma norma obrigatória e universal, podendo, quando muito, propiciar reformas ou inovações legislativas, como também pode fazer a ciência jurídica".

Materialmente, a jurisprudência pode ser considerada como um princípio de integração do Direito. Nesse sentido, Arruda(1972, p.168) acentua que "o Direito, por ser genérico e abstrato, nem sempre é claro diante da complexidade dos acontecimentos da vida humana. Prevê um fenômeno e o regula, porém a realidade muitas vezes dificulta essa coincidência". Vem daí, continua o autor, o sentido material da jurisprudência: pela imposição diuturna e reiterada do Direito, estabelece a necessária correlação entre a lei e o fato (fenômeno concreto), e determina qual o modo mais adequado para sua aplicação. A jurisprudência é, pois, síntese.

2.3.1. A JURISPRUDENCIA COMO FONTE NO DIREITO BRASILEIRO

Viu-se que a jurisprudência resulta no Direito estabelecido pelas decisões uniformes dos órgãos judiciários. Está, desse modo, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática cotidiana dos tribunais, resultando em normas individuais, uma vez que se constroi no meio de casos concretos. Em decorrência, a jurisprudência constitui-se em norma geral como a lei, mas dela se distingue pela sua maior flexibilidade. Atua, por conseguinte, como norma aplicável a todos os casos análogos. Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra, porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade.

Diante do Direito brasileiro, tem nossa justiça alguma competência normativa, no sentido de estabelecer normas gerais e permanentes? Montoro (1972, p.69), responde a questão, dizendo que é evidente que nossos magistrados não tem, a exemplo dos juizes romanos, o poder de baixar "Editos", fixando, ao serem empossados, as regras a ser observadas nos assuntos de sua competência. Porém, por mandamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais superiores tem poderes para editar normas sobre determinados assuntos, como "o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária" e outras matérias, consoante autorização contida no artigo 96, I, "a". Isto constitui, não há dúvida, uma atribuição normativa. No

tocante à jurisprudência, é incontestável, continua Montoro (ibidem) que, "de fato, eles atuam como norma aplicável aos demais casos, enquanto não houver nova lei ou modificação na jurisprudência. O modo de interpretar e aplicar a norma jurídica sempre lhe afeta a extensão e o alcance, reconhece Vicente Ráo, de tal sorte que, embora subsidiariamente, a jurisprudência não deixa de participar no fenômeno de produção do Direito normativo".

Reale (1977, p.203) acentua que já está superada a dúvida sobre se a jurisprudência é ou não "fonte de Direito", desde que se passou a uma compreensão mais ampla e abrangente de "ordenamento jurídico". A partir de estudos decisivos de Kelsen, o conceito de norma jurídica emancipou-se da estrita concepção legalista própria do século passado, sob a influência da escola da exegese. Assim é que se passou a conceber o Direito objetivo como sendo formado por um complexo de normas legais, consuetudinárias, jurisprudenciais e negociais, não faltando quem admita até(e também) a existência de "normas doutrinárias". Em virtude dessa crescente afirmação da jurisprudência, continua o professor paulista, acentua-se, cada vez mais, no mundo ocidental, significativa aproximação entre o sistema de Direito continental-europeu e latino-americano(de origem romanística, sob o primado da lei) e o sistema da "common law", marcadamente costumeiro e jurisprudencial. É que, enquanto em nosso sistema aumenta, dia a dia, a força dos

"precedentes judiciais", o processo legislativo cresce em importância nos Estados Unidos e até mesmo na Inglaterra.¹²

No ordenamento jurídico brasileiro é possível perceber a crescente importância dos tribunais e dos próprios órgãos administrativos superiores no desenvolvimento da vida jurídica. Dois fatores relevantes concorrem para esse fenômeno, segundo Reale (ibidem, p.204): a) o desajuste sempre mais acentuado entre certas leis vigentes e as imprevistas exigências sócio-econômicas resultantes do impacto tecnológico; b) a crescente participação do poder público nos domínios econômicos, gerando formas de conflito que só com grande engenho podem ser regidos por textos legislativos elaborados para disciplinar relações estritamente privadas. Assim, desse duplo jogo de influência, decorre mais amplo raio de ação,

¹² Ver, para isso, artigo de Gallo, 1992. Diz o autor que o Direito inglês "é também e principalmente *statute law*, e quando nele se fala, forçosamente temos de nos referir ao Parlamento, como criação constitucional adequada aos anseios populares. Com efeito, se John Locke já tinha lançado os fundamentos de um governo democrático, coube, sem dúvida, à guerra civil(1640) e à revolução de 1688 tornar o Parlamento a principal fonte das finanças públicas e a suprema fonte do Direito. Instituiu-se, assim, a doutrina da soberania parlamentar, pedra angular da Constituição britânica: só o Parlamento(isto é, a Rainha, a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns) tem o poder de decretar, rejeitar ou emendar qualquer lei. O Judiciário, por sua vez, não está habilitado a questionar a validade da lei, cabendo-lhe somente interpretá-la. Afinal, o Parlamento é soberano e a Constituição flexível, de forma que toda lei nova tem precedência sobre a anterior, inclusive sobre os "precedents" do Judiciário".

ou seja, um maior "poder criador" por parte dos juizes e tribunais.

A jurisprudência acaba impondo ao legislador uma visão nova dos institutos jurídicos, forçando o processo de criação das leis na direção da orientação construída pelos tribunais¹³. Assim, não há dúvida que a jurisprudência no Brasil se constitui, além de fonte de normas jurídicas gerais, em uma fonte subsidiária de informação e alimentação ao sistema de produção de normas jurídicas.

¹³ Barros Monteiro, 1967, p.23, traz à lume vários casos que realçam a importância da jurisprudência na formação do Direito: Para o casal italiano, vindo pobre para o Brasil, o regime matrimonial era o da completa separação, por força de seu estatuto pessoal. Nessas condições, bens adquiridos em nome do marido só a ele pertenciam. Muitas situações iníquas surgiram em detrimento da mulher, com a aplicação do art. 14 da LICC. Passou, então, a jurisprudência a admitir, em casos semelhantes, a comunhão dos bens adquiridos na constância do casamento, porque a presunção era de que a esposa havia contribuído com seu esforço, trabalho e economia para a aquisição. Tal endendimento tornou-se normal, sendo certo que à brasileira, casada com estrangeiro, sob regime que exclua a comunhão universal, socorre a mesma disposição específica (Dec. Lei 3.200/41, art.17). Diniz, op.cit., p.270, acrescenta que, em algumas matérias, a jurisprudência chega até mesmo a antecipar a tarefa legislativa, como aconteceu, v.g., no que tange à retomada do imóvel pelo compromissário comprador, que começou a ser uniformemente admitida por juizes e tribunais e, afinal, foi consagrada pela Lei 1.300/50. No que concerne ao *habeas corpus*, o STF impediu, por meio dele, durante o estado de sítio, o degredo para lugares desertos ou insalubres, decisão que recebeu acolhida na Constituição de 1934, repetida em todas as Constituições posteriores.

O reconhecimento da validade e importância normativa da jurisprudência pode ser demonstrado pela criação da "Súmula da Jurisprudência Predominante", do Supremo Tribunal Federal, que vigora desde 1964, consoante se verá mais adiante. A súmula tem, de fato, importantes efeitos processuais no acolhimento de determinados recursos, especificados nos regimentos internos das cortes superiores. Dito de outro modo: é impossível negar à jurisprudência o valor de verdadeira fonte jurídica¹⁴. E o Supremo Tribunal Federal não nega esse fenômeno, ao admitir que "a invariável seqüência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação".¹⁵

No terreno do que se chama no Brasil de "justiça especializada", vale lembrar que desde a Constituição de 1967 (art.142, 1º), é conferida à Justiça do Trabalho a competência para proferir sentenças de caráter normativo. Ou seja, é a própria Lei Maior que autoriza a Justiça do Trabalho a editar regras. A Constituição de 1988 não alterou tal sistemática, repetindo a matéria no artigo 114, 2º. Claro que as decisões ditas normativas não poderão alterar normas ou revogá-las, uma vez que onde estas dispõem, cessa a competência daquelas.

¹⁴ Sobre fontes do Direito, consultar importante estudo de Heck, 1992, p.59-81.

¹⁵ Cfe. RT vol. 199/608.

Cessa, nesse particular, pois, a autorização constitucional para o Poder Judiciário "criar normas". Na verdade, ao estabelecer, no artigo 59, inciso II, da Constituição Federal, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", o Constituinte de 1988 deixou assente que o primado de nosso sistema jurídico é a lei. Aliás, esse dispositivo já constava na Constituição de 1891, no artigo 72, 1º; na Constituição de 1934, foi previsto no artigo 113, nº 2; a Carta de 1937 silenciou a respeito; já na Constituição de 1946, a previsão estava contida no artigo 141, 2º, sendo que, na Constituição de 1967 e na Emenda nº 1, o primado da lei foi previsto, respectivamente, nos artigos 150, 2º e 153, 2º.

No Direito brasileiro, o princípio dominante é o da decisão segundo o livre convencimento do juiz, atendendo os ditames da lei e, na omissão, aos preceitos oriundos das outras formas de expressão do Direito, previstas, expressa ou implicitamente, na Lei de Introdução ao Código Civil. Não há dúvida, entretanto, que a autoridade moral dos casos julgados pelos tribunais superiores em relação aos inferiores é lógica consequência do sistema de diversidade de instâncias. Porém, não há qualquer forma de obrigatoriedade e nem, tampouco, de vinculação das decisões de cortes superiores sobre juízes ou tribunais inferiores.

Nesse sentido, é relevante citar algumas máximas extraídas de julgados de nossos tribunais:

"Ao juiz é aconselhável a consulta à jurisprudência do tribunal superior. Não é, porém, obrigado a segui-la".¹⁶

"Os juízes não são obrigados a obedecer às decisões dos tribunais superiores em sua parte dispositiva."¹⁷

"As decisões do Supremo Tribunal Federal são preciosas fontes de consulta que, todavia, os juízes não são obrigados a seguir".¹⁸

Nessa mesma linha de pensamento, pensam os mais importantes tratadistas brasileiros, v.g., Aguiar Dias, Carlos Maximiliano, Serpa Lopes e Washington de Barros Monteiro.

Analisando o sistema de origem romanístico e, mais especificamente, o ordenamento jurídico brasileiro, Dinamarco(1987 p.154) diz que "a influência que a jurisprudência tem é mais intensa que a das lições doutrinárias. Aqui, sim, tem-se algo que vai à 'personalidade' da pessoa e de alguma maneira exerce algum peso em suas decisões e conduta: mas os alvitre dos doutrinadores ficam nos confins do mero 'conselho',

¹⁶ Revista Forense, 69/124.

¹⁷ Op.cit, 32/45.

¹⁸ Ibidem, 176/332.

tratando-se de meio acentuadamente moderado de influência, desacompanhado obviamente de qualquer ameaça de 'privação' ou coerção ou sanção de qualquer ordem (como a jurisprudência também) e mesmo sem a implícita advertência que as linhas jurisprudenciais trazem consigo, *ratione auctoritatis*".

Outro fato de extrema relevância levantado por Dinamarco (ibidem) é que a jurisprudência não constitui "positivação do poder": "Na realidade, sequer a jurisprudência costuma ser vista desse ângulo, o que constitui manifestação do mau vezo de associar as coisas do processo ao Direito privado e esquecer-se de sua vinculação ao sistema político". Mas, continua, é inegável que "na sentença o Direito se positiva. Não com o caráter de 'universalidade' com que se dá a positivação mediante a lei. A positivação do Direito através da sentença refere-se exclusivamente ao caso concreto, ou seja, ao objeto do processo em que proferida (*Streitgegenstand*). Nos sistemas jurídicos de Direito escrito, a função jurisdicional não tem vocação à generalidade, que é reservada à lei".

Cabe frisar, por último, que, muito embora esteja claro que o ordenamento jurídico brasileiro esteja vinculado ao primado da lei, onde, como já se dizia da *auctoritas* do senado romano, "a força da jurisprudência é

mais do que um conselho e menos do que uma ordem"¹⁹, na prática a jurisprudência - através de seu corolário maior, que são as súmulas -, assume foro de obrigatoriedade e vinculariedade, mediante duas formas: primeiro, por disposições de leis e regimentos internos de discutível constitucionalidade, e, segundo, pelos mecanismos de funcionamento da justiça brasileira, conforme se verá nos próximos capítulos.

¹⁹ Apud Comparato, 1977.

3. A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1. DOS ASSENTOS A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA: BREVE HISTÓRICO RO

A necessidade de atingir maior segurança nas decisões e evitar desperdício de atividade jurisprudencial perante casos semelhantes muitas vezes repetidos, além de - e fundamentalmente - manter o controle político sobre a atividade jurisdicional, levou, em vários países, à adoção de mecanismos visando a uniformização da jurisprudência¹. Esses procedimentos permitem chegar a modos uniformes de decidir, além de evitar oscilações na interpretação das leis.

Portanto, a uniformização de jurisprudência não é um fenômeno singular do nosso Direito. A idéia - herdada do Direito português -, tem sensíveis implicações e

¹ Sobre o tema "uniformização da jurisprudência", ver Pontes de Miranda, 1974; Barbosa Moreira, 1974; Restiffe Neto, 1985; Lima, 1977; Feliciano, 1979; Euzaid, 1985; Rocha, 1977.

conseqüências no Direito moderno, tendo sido acolhida pela legislação de vários países, que lhe deram conotações próprias de acordo com suas tradições e culturas e as peculiaridades dos respectivos ordenamentos jurídicos. A uniformização de jurisprudência não obedece a um modelo único. A finalidade, porém, é a mesma.

O legislador português, há vários séculos, procurou realizar a idéia de uniformizar a jurisprudência, através do instituto do "assento", que era ato do Poder Judiciário que objetivava dar à lei uma interpretação autêntica. Pelo esse, não se julgava um caso concreto, mas determinava-se o entendimento da lei, quando a seu respeito ocorriam divergências nas sentenças judiciais.

Vale referir, nesse sentido, que no texto das Ordenações Manuelinas, que teve origem no alvará de 10.12.1518, já constava: "E assim havemos por bem que, quando os Desembargadores que forem no despacho de algum feito, todos ou alguns deles tiverem alguma dúvida em alguma. Nossa Ordenação do entendimento dela vão com a dita dúvida ai regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará e segundo o que aí for determinado se porá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que é bom de nô-lo fazer saber, para a nós logo determinarmos, nô-lo fará saber, para nós nisso provermos. E os que em outra

maneira interpretarem nossa Ordenação ou derem sentença em algum feito, tendo algum deles dúvida no entendimento da dita Ordenação, sem irem ao regedor, como dito é, serão suspensos até nossa mercê. E a determinação que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho para depois não vir em dúvida".² Os julgados - que tinham por objetivo dirimir as dúvidas acerca do exposto nas Ordenações -, passaram a ser conhecidos como assentos, que eram lançados no chamado Livro Verde, assinados e numerados pelo regedor da Casa de Suplicação. Esse livro passou a denominar-se "Livro de Assentos".³

Durante o Império, várias leis regularam no Brasil o regime jurídico dos assentos. A Lei nº 2.684, de 23.10.1875, reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até a época da Independência. O Decreto nº 6.142, de 10.3.1876, estabeleceu que, para que fossem reconhecidos, era indispensável que os julgamentos causadores da divergência já tivessem sido proferidos em processos findos e que a divergência já tivesse por objeto o Direito em tese ou disposição de lei e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos. E no artigo 3º ressaltou

2 Ordenações Manuelinas, Livro V, Título 58, 19.

3 No período compreendido entre 27.2.1523 e 30.08.1832, foram publicados 436 assentos. Cfe. Mendes de Almeida, 1869.

que os assentos tomados não prejudicassem os casos julgados contra ou conforme a doutrina que estabeleceram.

Proclamada a República, os assentos desapareceram, mas não a idéia de uniformizar a jurisprudência. Serviram para isso os institutos da revista e do prejudgado, além, é claro, do recurso extraordinário. A revista e o prejudgado foram criados pelo Decreto nº 16.273, de 20.12.23, tendo sido acolhidos pelo Código de Processo Civil do Estado de São Paulo(art.1.126), e mantidos pela Lei federal nº 319, de 25.11.36 e pelo Código de Processo Civil de 1939(art.891).Igual função tem o recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, que, consoante o artigo 105, III, "c", da Constituição Federal, é admitido contra o julgado proferido em única ou última instância que dê à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha sido dada por outro Tribunal ou o próprio Superior Tribunal de Justiça. Conforme Pontes de Miranda(1974, p.3-41), a ratio desse recurso (note-se que na Constituição anterior o atual recurso especial denomina-se recurso extraordinário-art.101, III, d) está em assegurar a uniformização da jurisprudência e manter a integridade lógica do Direito e a inteireza do sistema jurídico.

O Código de Processo Civil de 1973 suprimiu o recurso de revista e o prejudgado, para, em contrapartida, adotar a uniformização da jurisprudência, à semelhança da

orientação já definida desde 1963 pelo Supremo Tribunal Federal. Com efeito, por emenda a seu Regimento Interno datada de 28.8.63, o Supremo Tribunal instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante, matéria encampada na legislação posterior, conforme se observa do disposto nos artigos 476 e seguintes do Código de Processo Civil.

3.2. A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA NO DIREITO COMPARADO

3.2.1. NO DIREITO PORTUGUES

Dois princípios são basilares em Portugal para o processo de uniformização da jurisprudência: o primeiro consta no artigo 768, nº 3, do Código de Processo Civil, *verbis*: "Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de subsistir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento". O segundo diz respeito ao assento, ao qual se refere o próprio capítulo das fontes do Direito do Código Civil Português, mas evitando um compromisso quanto à natureza deste: "Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral"(art.29)

Constata-se que a fonte do Direito resulta, nesse caso, duma fixação feita pelo tribunal.

O assento supõe uma "contradição entre decisões de tribunais superiores". A hipótese-padrão é a do recurso para o Tribunal Pleno, regulado nos artigos 763 e seguintes do Código de Processo Civil. O Tribunal Pleno é o próprio Supremo Tribunal federal, mas reunindo simultaneamente todas as secções em que este normalmente se desdobra. Deve haver dois acórdãos que assentem em soluções opostas, relativamente à mesma questão de Direito. 4

3.2.2. NO DIREITO ITALIANO

No Direito italiano a uniformização da jurisprudência consolidou-se através das máximas da Corte de Cassação, que são publicadas após a verificação da reiterada exegese que a referida Corte atribui a determinada norma legal. Tais decisões gozam de autoridade mais intensa do que a resultante de qualquer outro precedente, porque confortada por uma sucessão que vale para justificar os efeitos da consolidação. A definição da máxima segue uma sistemática

4 Sobre o Direito português, ver Ascensão, op.cit.; Buzaid, op.cit.

especial e não resulta de um caso concreto. Na verdade, é estabelecida à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais conforme com a lei e com o sentimento de justiça.

Estudando a evolução do Direito italiano nesse aspecto, Buzaid(op.cit, p.207) acentua que no sistema italiano as normas consolidadas não têm eficácia vinculativa, valendo pela autoridade do órgão jurisdicional que as enuncia, porque a sentença que divergir do seu entendimento, pode ser reformada através de recurso para a Corte de Cassação. Daí seu valor formal, que alguns autores fundamentam no princípio constitucional que atribui à Corte de Cassação a suprema instância judiciária. Assim, conclui o autor, "a defesa fundamental da máxima consolidada está em resolver uma *quaestio iuris* relativa à interpretação de norma jurídica; para assim proceder não necessita a Corte de apreciar os fatos do caso concreto, mas tão só dirimir divergência contemporânea acerca do entendimento da lei".

3.2.3. NO DIREITO FRANCES

Não há procedimento especial de uniformização da jurisprudência na França. A uniformização ocorre através do recurso de cassação. A função primordial da Corte é, como

assinalam Cornu e Foyer, citados por Buzaid(ibidem), 'a de manter a unidade da legislação e de prevenir a diversidade de jurisprudência. A Corte de Cassação julga as decisões proferidas em última instância; sua missão é a de guardiã da lei; não aprecia fatos; só resolve questões de direito. O controle que exerce sobre os tribunais não a erige em terceiro grau de jurisdição. A corte só pode cassar o julgamento que ofende a lei, não lhe sendo permitido, sob qualquer pretexto, de conhecer o mérito, substituindo uma decisão à sentença cassada".

Discorrendo sobre a *Cour de Cassation* e a *jurisdiction d'appel*, Terré(1991, p.83), explica que "La Cour de cassation est saisie par un pourvoi, qui peut être formé contre toute décision rendue en dernier ressort. Elle n'est cependant pas un nouveau degré de juridiction et le pourvoi ne doit pas être confondu avec un appel. 1) La Cour de cassation ne rend pas elle-même des décisions concernant le fond de l'affaire et exécutoires pour les parties en cause. Elle apprécie la valeur des décisions qui lui sont déférées. Si elle estime que la décision a été bien rendue, elle rejette le pourvoi en cassation; c'est la décision attaquée qui, étant maintenue, sera exécutée. Si elle considère que la décision a été mal rendue, elle la casse; mais la Cour de cassation ne juge pas l'affaire, elle la renvoie devant une juridiction du même ordre que celle dont émane la décision cassée(...). Les juridictions d'appel, au contraire, rendent

des décisions exécutoires. 2) Une juridiction d'appel connaît de toute l'affaire, en fait et en droit(...). Il en va différemment de la Cour de cassation: elle doit tenir pour exacts les faits tels qu'ils son relatés dans la décision attaquée; elle ne peut apprécier les décisions qu'au point de vue de l'application de la loi; elle ne peut casser que pour une contravention à la loi. Ainsi donc, alors que les juges du fond connaissent de tout le litige - constatation des faits et application de la règle de droit - , la Cour de cassation vérifie uniquement si les juges du fond ont fait une application exacte de la règle de droit; elle juge, non pas le litige, mais la décision intervenue à son occasion, et qui lui est déférée".

3.2.4. EM OUTROS PAISES

Nos ordenamentos filiados aos sistemas jurídicos de origem romanística, a jurisprudência, como já se viu, tem um papel bastante reduzido, comparativamente ao reservado à lei. Porém, contrariamente ao que em geral é admitido em países de ordenamentos onde o primado é o da lei escrita, pode, excepcionalmente, fazer-se com que, em alguns deles, se torne obrigatório para os juizes seguirem determinado precedente. A exemplo do assento do Direito português, a autoridade do julgamento precedente liga-se, na Alemanha

Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça, que são, por isso, publicadas no jornal oficial (*Bundesgesetzblatt*). Na Argentina e na Colômbia, a autoridade dos precedentes se liga às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional. Já na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, na hipótese deste ter declarado inconstitucional uma lei cantonal. A uniformização da jurisprudência, de cunho vinculatório, é conhecida na Espanha pelo nome de "doctrina legal". Uma noção análoga de "doctrina legal" é admitida em Honduras e no México, em matéria relativa às liberdades públicas (amparo).⁵

3.3. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDENCIA: O DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

No exercício da função jurisdicional, os órgãos judiciais têm de aplicar aos casos concretos as regras de Direito existentes no ordenamento jurídico. Tais regras devem ser interpretadas. Ou seja, o Poder Judiciário dará à regra jurídica aplicável ao caso concreto, seu sentido e seu alcance. Assim, no dizer de Barbosa Moreira (ibidem, p.11), se fixam as teses jurídicas, a cuja luz hão de

5 Ver David e Jauffret-Spinozi, op.cit., p.156 e 157.

apreciar-se as hipóteses variadíssimas que a vida oferece à consideração dos julgadores. A fixação de uma tese jurídica reflete entendimento necessariamente condicionado por várias circunstâncias. Como a realidade social é mutável, também assim serão os entendimentos a respeito da interpretação das normas jurídicas. Nada mais normal, desse modo, que a evolução da jurisprudência, mediante a constante revisão das teses jurídicas fixadas anteriormente.

A tendência de uniformização da jurisprudência está ligada à existência de uma pluralidade de órgãos judicantes no seio do aparelho estatal, que podem ter de enfrentar teses jurídicas iguais ou semelhantes. Nasce daí, acentua Barbosa Moreira (ibidem), "a possibilidade de que, num mesmo instante histórico - sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância -, a mesma regra de Direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas." Se isso acontecer, diz o citado autor, comprometida está a unidade do Direito, pondo em xeque a efetividade da garantia jurisdicional. Mas, alerta ele, é nesses limites, e somente neles, que se põe o problema da uniformização da jurisprudência. Não se trata, e isso nem seria concebível, que se tratasse de impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas.

Para que se compreenda a natureza da uniformização da jurisprudência, especificada nos artigos 476 e 479 do Estatuto Processual Civil de 1973, faz-se necessário frisar, *ab initio*, que o novo procedimento rompe com um sistema vigorante há mais de cinquenta anos no país. Com efeito, o primeiro objetivo do legislador foi o de suprimir o recurso de revista, que era um recurso concedido à parte toda vez que a decisão recorrida contrariava a interpretação dada por outro órgão colegiado. A opção pelo novo sistema deveu-se, principalmente, ao fato de que a divergência jurisprudencial não podia constituir fundamento para impugnação. O seu fundamento é o estado de sucumbimento, ou seja, o prejuízo produzido à parte pelo órgão judiciário.

Ainda no Direito anterior, existia a figura do prejulgado⁶, que objetivava eliminar os dissídios da jurisprudência. O artigo 861 do derogado Código de 1939, dizia que a requerimento de qualquer dos seus Juizes, a Câmara ou Turma julgadora poderia promover o pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecesse que sobre ela

⁶ O prejulgado do artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939 era semelhante ao 137 da Lei de Organização Judiciária da Alemanha, *verbis*: "Der erkennende Senat kann in einer Frage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Grossen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordert".

ocorria divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas. De pronto, exsurge uma diferença entre o prejudgado e a uniformização jurisprudencial: enquanto o prejudgado era uma faculdade, o incidente de uniformização é um dever do juiz. 7

A uniformização de jurisprudência não é, entretanto, um recurso e tampouco o que se poderia chamar de recurso *ex officio*.⁸ Tampouco é prejudgamento de um caso concreto. Ela ocorre no recurso, que versa, obrigatoriamente, sobre um caso concreto. Seu campo de aplicação, porém, concentra-se sobre adversidade de interpretação do Direito dado por Câmara, Turma ou Grupo.

De qualquer sorte, examinando os dois extintos institutos - revista e prejudgado -, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a uniformização da jurisprudência é um misto de ambos, dotado, porém, de fisionomia própria. Dispõe o artigo 476 do Código Processual que:

"Compete a qualquer juiz ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras solicitar o pronunciamento prévio do Tribunal acerca da interpretação do Direito quando:

I - Verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

7 Sobre ser um dever de ofício e não mera faculdade ou arbitrio, ver Sanches, 1975, p.21.

8 Ver Pontes de Miranda, *op.cit.*, p.9 e 10; também Buzaid, *ibidem*.

II - No julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado contra turma, câmara, grupo de Câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo".

O fundamento para a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência deve ser a "divergência interna" dos julgados do mesmo tribunal. É justamente esse aspecto que aproxima o novel instituto - quando provocado pela parte -, ao extinto recurso de revista, que tinha o objetivo de pacificar o entendimento de determinada matéria dentro do mesmo tribunal. Já a natureza premonitória do levantamento do incidente aproxima-o do antigo ; e julgado.

De importante, sob o ponto de vista de controle dos atos do judiciário, é que a uniformização da jurisprudência, no anterior prejudgado e o recurso de revista tinham em vista, visa a evitar a divergência de jurisprudência dentro do próprio tribunal. O julgamento do incidente pode ser de recurso ou de causa da competência originária de turma, câmara ou grupo de câmaras. Pode ainda ocorrer em qualquer das hipóteses de que tratam o artigo 475 e seu parágrafo único. É verdade que o inciso II do artigo 476 alude a "julgamento recorrido", dando a entender que a turma, câmara ou grupo está a apreciar um recurso. Porém, da leitura do inciso I depreende-se que estão abrangidas

quaisquer hipóteses de divergência na interpretação do Direito.

O que move o instituto é a existência de divergência de interpretação de alguma regra jurídica. Não é necessário que o julgamento incida sobre matéria de mérito. Pouco importa que a regra em discussão tenha de ser aplicada à solução de questão principal ou de questão prévia. Pode tratar-se de regra de Direito material ou de Direito processual, indiferentemente. Se a turma, câmara ou grupo está julgando recurso, nenhuma relevância tem o fato de haver ele sido interposto contra sentença ou contra decisão interlocutória. Tampouco se distingue entre julgamento de recurso contra decisão de primeiro grau, como a apelação, e julgamento de recurso contra decisão de segundo grau, como os embargos infringentes. Muitos menos entre julgamento de recurso interposto contra decisão proferida em processo de conhecimento, de execução ou cautelar. O que é indispensável, alerta Barbosa Moreira (ibidem, p.13), é que a discrepância se configure entre "teses jurídicas". Unicamente a solução de questões jurídicas é importante nesse contexto⁹. Se é

⁹ Sobre essa matéria, é relevante referir que, por ocasião da apreciação pelo TFR do primeiro incidente de uniformização de jurisprudência, o Min. Oscar Correa Pina suscitou questão de ordem quanto ao alcance do julgamento, ou seja: o plenário devia limitar-se à interpretação do Direito, devolvendo os autos à Turma para que completasse o julgamento, ou conhecer (e decidir) também o mérito. É que o Min. Aldir Passarinho, ao concluir seu voto, enfatizara: "Uniformizada que seja a jurisprudência a respeito, neste tribunal, entendo que o

parcial a divergência das teses jurídicas, o incidente de uniformização de jurisprudência há de limitar-se à parte em que as teses divergem. Existindo dois ou mais pontos do dissídio, nada impede que se solicite o pronunciamento prévio do tribunal sobre os dois ou mais pontos.

Outro fato relevante é que a divergência deve referir-se à tese jurídica da qual dependa o julgamento da matéria *sub judice*. Ou seja, se o órgão fracionário pode solucionar a controvérsia jurídica sem a necessidade do enfrentamento da questão - fazendo abstração dela -, descaberá o pedido de prévio pronunciamento da corte. Como muito bem assevera Barbosa Moreira (*ibidem*, p.19), "não se

Pleno não deve julgar o caso concreto, mas devolver o processo à Turma para que decida em face do entendimento jurisprudencial aqui adotado", ponto de vista com o qual concordava o Min. Oscar Correa Pina. O Min. Jorge Lafayette Guimarães deduziu: "Cumpra, pois, ao tribunal, tão-somente examinar se há divergência e, reconhecendo esta, fixar a interpretação a ser observada. Nada mais. Não pode transformar o julgamento prévio em definitivo". O Min. José Fernandes Dantas adiantou: "Estou convencido de que realmente se trata de um julgamento de incidente e dessa maneira deva ser julgado, pois, no caso há questões remanescentes. De forma que limito meu voto à tese de Direito, adotando a jurisprudência provinda da 3ª Turma e remetendo à Turma competente o julgamento da apelação". O Min. Carlos Veloso disse que, em regra, o pronunciamento do tribunal restringe-se, tão-só, à interpretação do Direito, voltando o processo à Turma para o julgamento da questão residual. "Todavia, no meu entendimento, essa regra apresenta exceção. P.ex.: quando só há matéria de Direito em julgamento, não apresentando o processo questão de fato a ser decidida, entendo que o julgamento do Pleno esgota a questão". O Min. Armando Rollemberg acrescentou que, além desse aspecto, era de convir que "a Turma não poderia fazê-lo diferentemente". Prevaleceu esse entendimento. Apud Lima, 1977, p. 500.

trata de dirimir controvérsias teóricas, mas de assegurar a uniformidade da aplicação do Direito a casos concretos".

Têm os tribunais decidido que "a divergência deve se verificar entre decisões que aplicam a mesma lei (RJTJESP 44/191, RF 258/259), "dentro do mesmo tribunal" (RT 541/137, RJTJESP 88/270) "e sobre tema essencial ao julgamento da causa" (RT 501/62, 601/77). Se, por ocasião destes, "houver divergência dentro da própria turma julgadora, poderá qualquer de seus juizes suscitar o incidente de uniformização de jurisprudência".(Bol.AASP 1.158/40) Se há mais de duas teses a propósito da mesma questão, entende o Tribunal de Justiça de São Paulo que não há possibilidade de ser suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência (RT 605/114). Negrão (1993, p.325) entretanto discorda dessa posição, uma vez que "o incidente pode e deve ser suscitado; se nenhuma das teses conseguir maioria, não se uniformizará a jurisprudência; mas não é possível *a priori*, negar-se a possibilidade dessa uniformização".

De qualquer sorte, é importante frisar que é evidente que o instituto da uniformização da jurisprudência visa prevenir a divergência antes que ela surja, de modo que, se alguma alteração tiver que ser feita no entendimento dominante, que já o seja por obra do tribunal pleno, e não pelo entendimento individual de dois membros do órgão fracionário. Assim, é claro que, se no caso de apelação ou

agravo, os dois primeiros votos do órgão fracionário forem no sentido da jurisprudência dominante, não será o caso de provocar o incidente, uma vez que abortada estará a ameaça de dissídio jurisprudencial. O inciso II do artigo 476 somente será aplicável quando um dos juizes esteja propenso a manter o julgamento recorrido e outro deles já tenha votado nesse mesmo sentido. O juiz que estiver propenso a fazê-lo não deverá emitir seu voto, mas, em lugar disso, provocar o pronunciamento prévio do tribunal pleno.

A apreciação do requerimento de instauração de incidente de unificação da jurisprudência compete à turma, câmara ou grupo de câmaras. Se o requerimento consta dos autos, cabe ao relator, na própria sessão de julgamento, ao fazer a "exposição da causa" (art.554, CPC), dar conhecimento dele ao órgão julgador, para que o aprecie em preliminar. A seguir, estando reconhecida a divergência suscitada, procede-se conforme consta no artigo 477 do Código de Processo Civil, com a lavratura do acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. Ressalte-se que a suscitação do incidente acarreta, por decorrência lógica, a suspensão do julgamento do recurso, da matéria devolvida por força do artigo 475, ou da causa de competência originária da turma, câmara ou grupo.

Com a remessa dos autos ao presidente, encerrada está a primeira fase do incidente de uniformização de jurisprudência. Inicia-se, então, a segunda fase, que culmina com o pronunciamento do órgão pleno do tribunal, que fixará "a interpretação a ser observada", resolvendo, desse modo, o tribunal a *quaestio iuris*", vinculando o órgão suscitante, que deverá seguir a interpretação dada no julgamento objeto da suscitação do incidente.

O tribunal pleno encarregado da apreciação do incidente não está vinculado ao juízo do órgão fracionário suscitante. Ou seja, embora a turma, câmara ou grupo tenha afirmado a existência de divergência e decidido pela remessa dos autos ao presidente, é livre o tribunal para reconhecê-lo ou não, consoante seu próprio convencimento. Se o tribunal não reconhecer a divergência, os autos serão devolvidos ao suscitante, prosseguindo o julgamento do recurso ou da causa. Reconhecida, porém, a existência do dissídio, o tribunal decidirá a "tese jurídica". A decisão do tribunal sobre a questão de Direito é irrecorrível. Qualquer recurso somente caberá contra o acórdão do órgão suscitante que decidir a espécie à luz da interpretação assentada pelo tribunal, pois só com esse acórdão se completará o julgamento do recurso anterior ou da causa, cindido em virtude da suscitação do incidente.¹⁰

¹⁰ Cfe. Barbosa Moreira, *op.cit.*, p.30.

O resultado do julgamento do tribunal, na apreciação do incidente, vem regulamentado pelo artigo 479 do Código de Processo Civil, que trata da emissão de súmulas como precedente na uniformização da jurisprudência, matéria delineada a seguir.

na

4. AS SUMULAS

4.1. HISTÓRICO

O artigo 479 do Código de Processo Civil estabelece que

"O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência".

Pelo parágrafo único, o Código estatui que

"os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante".

Embora prevista pela primeira vez em lei no Direito brasileiro em 1973, no citado artigo 479 do Estatuto Adjetivo Civil, a súmula já tinha sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1964. De fato, organizada sua primeira publicação pela Comissão de Jurisprudência, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal(relator) e Pedro Chaves, em janeiro daquele ano, com

verbetes aprovados em sessão plenária de 13 de dezembro, as súmulas passaram a vigorar a partir de 19 de março de 1964. Enfatizou-se que "O STF tem por predominante e firme a jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão nos precedentes relacionados na Súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria jurisprudência. Ficou, assim, explícito que qualquer dos ministros, por ocasião do julgamento, poderá "propor ao tribunal a revisão do enunciado constante da súmula". Quando se tratar de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pelo voto da maioria absoluta do tribunal, a reabertura do debate deverá contar, pelo menos, com o apoio de três ministros (RISTF, art.87, 6º)".¹

A discussão a respeito da criação de um mecanismo que fosse o corolário do processo de uniformização de jurisprudência em nosso Direito vem desde o Projeto de Constituição apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros em 1946. Naquele texto, de autoria do jurista Haroldo Valadão, constava, a propósito do recurso extraordinário: "quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre dois tribunais, ou entre um

¹ Cfe. Tucci, 1977, p. 334.

deles e o STF. Neste caso, o recurso poderá também ser interposto pelo Ministério Público e, uma vez fixada pelo STF a interpretação da lei, pela forma e nos termos determinados no regimento interno, dela será tomado assento que os tribunais e juizes deverão observar".²

Tal idéia não foi acolhida pelo Constituinte de 1946. Seu autor, porém, voltou à carga quando da elaboração do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas (1963/64), especificando o artigo 7º que "O STF, no exercício das atribuições que lhe confere o artigo 101, III, d, da Constituição Federal, uma vez fixada a interpretação da lei federal pelo Tribunal Pleno, em três acórdãos, por maioria absoluta, torná-la-á pública, na forma e nos termos determinados no Regimento, em resolução que os tribunais e os juizes deverão observar enquanto não modificada segundo o mesmo processo, ou por disposição constitucional ou legal superveniente. Parágrafo único. A modificação pelo STF se fará, havendo razões substanciais, mediante proposta de qualquer ministro, por iniciativa própria ou sugestão constante dos autos".

A Supremo Tribunal Federal não foi tão longe quanto queria Valadão. A diferença fundamental é que este queria dar efeito vinculante das decisões da Corte Maior aos tribunais e juizes.

2 In Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros, p.190, ago.1945 e abr. 1946, apud VALADÃO, 1977, p.333.

demais tribunais da República. O Supremo Tribunal, finalmente, acabou aprovando, por emenda ao seu Regimento em 30.8.63, sendo editadas as primeiras 370 ementas no início de 1964. Anos depois, em 1970, aquelas normas regimentais foram simplificadas, resumindo-se, atualmente, pelo texto do Regimento Interno de 15.10.80, às seguintes:

"Art.102.A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na "Súmula do Supremo Tribunal Federal"

1º . A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em plenário, por maioria absoluta.

2º . Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

3º . Os adendos e emendas à Súmula, datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário da Justiça.

4º . A citação da Súmula, pelo número correspondente, dispensará perante o Tribunal a referência a outros julgados no mesmo sentido.

Art.103. Qualquer dos Ministros pode propor a revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional e da compendiada na Súmula, procedendo-se ao sobrestamento do feito, se necessário".

Embora a extensão da possibilidade de editar súmulas - em face da unificação da jurisprudência -, somente viesse com a edição do Código de Processo Civil no ano de

1973, a Lei Federal nº 5.010, de 30.5.66, autorizava o então Tribunal Federal de Recursos a emitir súmulas:"

"Art.63. O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de primeira instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo seu Plenário, fazendo-as publicar, regularmente, no Diário da Justiça da União e nos Boletins da Justiça Federal das Seções.

Para a aprovação das Súmulas, o 1º exigiu, ou a unanimidade ou a maioria qualificada dos membros do tribunal, em dois julgamentos concordantes, pelo menos, Quanto ao mais, vigoraria o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

" 2º . Os enunciados da Súmula revalecem e serão revistos, no qd couber, segundo a forma estabelecida no Regimento do STF".

No Tribunal Superior do Trabalho foram criadas as Súmulas por proposta elaborada pelos Ministros Raymundo de Souza Moura, Tostes Malta e Lima Teixeira, cuja iniciativa foi incorporada pelo Regimento Interno daquela Corte, publicado no DJU de 18.12.79; cujo texto atual repete que as teses sobre as quais haja jurisprudência uniforme no

Tribunal Pleno serão consubstanciadas em Súmulas, para os efeitos dos artigos 894, b e 896, da Consolidação das Leis do Trabalho. A proposta de Súmula é submetida, pela maioria do órgão julgador, à Comissão de Súmulas e Prejulgados, integrada pelos Presidentes das Turmas. Sendo favorável o parecer da Comissão, será encaminhada ao Presidente do Tribunal, para ser eventualmente aprovada em Plenário, pela maioria absoluta dos Ministros efetivos. Os precedentes judiciais serão obrigatoriamente indicados e as Súmulas poderão ser revogadas ou canceladas pelo mesmo procedimento.

Nos demais tribunais da União e dos Estados as Súmulas surgiram após a edição do Código de Processo Civil.

4.2. FUNDAMENTOS

Pelo vigente Código de Processo Civil, de observância obrigatória pelos tribunais, as Súmulas não são elaboradas autonomamente. Na verdade, são elas o produto, enfim, o resultado de procedimento de uniformização da jurisprudência, consoante o seguinte dispositivo:

"Art.479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência".

De ressaltar que o artigo em questão, que vem a ser o suporte da emissão das Súmulas no Direito brasileiro, é reprodução exata do teor do artigo 483 do projeto do Código, contra a qual não prevaleceram as emendas apresentadas no Congresso Nacional. Antes disso, é importante lembrar que no anteprojeto elaborado pelo Prof. Alfredo Buzaid constava:

"Art.518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.

Art.519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional.

Constata-se, pois, que o anteprojeto do Prof. Alfredo Buzaid partia para a consagração dos antigos "assentos" do Direito português, com força vinculativa, a exemplo das tentativas já feitas por Haroldo Valadão, durante o processo constituinte de 1946 e na elaboração do anteprojeto da lei geral de Aplicação das Normas Jurídicas.

A Comissão revisora do projeto do Código de Processo Civil opinou pela supressão de todo o capítulo

proposto por Buzaid.³ Assim, além de outras emendas, duas foram oferecidas no Senado. A primeira, que foi aprovada no Senado mas rejeitada pela Câmara, foi proposta pelo senador Accioly Filho, preconizando a supressão do artigo e seu parágrafo, arazoando, na ocasião, da seguinte maneira: "As Súmulas não se compadecem com o nosso sistema escrito de Direito positivo. Num ordenamento preponderantemente consuetudinário, é natural que certas orientações jurisprudenciais se cristalizem em enunciados estáveis, como são os casos do Direito americano. Mas as leis escritas já carecem de flexibilidade bastante, de modo que procurar ainda mais endurecer a sua interpretação, mediante proposições que dificilmente possam ser afastadas, significa abrir mão do pouco que nos deixa o sistema para a modelação do Direito positivo às circunstâncias de cada caso concreto". E disse mais o senador: "A Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal é ainda uma experiência, de resultados até agora não comprovados. Esperemos a lição do tempo, e não nos arrisquemos em tentativas generalizadas em todo o território nacional, antes que se conheçam os rumos a que será levada a experiência do Supremo Tribunal."

A segunda proposição foi do senador Nelson Carneiro, pretendendo transformar o parágrafo único em

³ Ver, para isso, Paula, 1986.p.671.

segundo, devendo ser aditado um parágrafo primeiro, de seguinte teor:

"Qualquer dos membros do Tribunal, em examinando hipótese já objeto de súmula, poderá suscitar a necessidade de sua reformulação, como preliminar de julgamento".

Em defesa de sua tese, o senador fluminense escrevia: "A jurisprudência não é estática, antes se renova a cada passo, acompanhando a evolução do fato social. Por isso mesmo, os legisladores chegam quase sempre depois do juizes". Ambas as emendas foram rejeitadas, optando-se pela aprovação do texto do artigo 483 do projeto em tramitação.

Por ocasião da discussão desse tema do anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria do Prof. Buzaid, Aragão(1969, p.66) alertava ser duvidosa "a legitimidade constitucional da atribuição que o anteprojeto pretende outorgar aos tribunais de editar assentos com força de lei. Isso seria exercer função peculiar ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas".

Depois de ampla discussão, a corrente que entendia que criar Súmulas com caráter de obrigatoriedade feria o texto constitucional, foi vencedora. Assim, o projeto, rejeitando a tese constante no anteprojeto, abandonou a solução dos assentos com força de lei, criando-se, em contrapartida, uma nova feição inspirada na Súmula da

Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que já vigorava desde 1964. O próprio Haroldo Valadão preocupou-se com a questão, na medida em que, embora no seu anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas previa o caráter obrigatório e vinculativo às Súmulas, salientava que esse caráter não podia ser dado sem mudança constitucional.⁴

O Código de Processo Civil que entrou em vigor em 1973 optou por não seguir a linha dos assentos do Direito português, por ser de evidente inconstitucionalidade conferir-se obrigatoriedade às Súmulas. As Súmulas autorizadas pelo Código Processual expressam a interpretação da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e da maioria qualificada de todos os demais tribunais da República, que podem, por força dos respectivos regimentos internos, emití-las, sempre que enfrentarem incidentes de uniformização da jurisprudência. Tais interpretações produzem, enquanto mantidas, efeitos processuais em relação a casos idênticos levados à apreciação dos respectivos tribunais. Os objetivos declarados pelos idealizadores das Súmulas foram, de um lado, "proporcionar maior estabilidade à jurisprudência", e, de outro, "facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal,

⁴ Apud Moura Rocha, 1977, p. 92.

simplificando o julgamento das questões mais frequentes"⁵, sem abrir mão da possibilidade de os próprios tribunais, pelas suas composições plenas, alterarem jurisprudência assentada anteriormente.

Importa referir, ainda, que, semanticamente e pela sua finalidade, a Súmula emanada dos tribunais e a do Supremo Tribunal Federal assemelham-se. Com efeito, ambas designam os repositórios da orientação predominante na respectiva corte. Seu fundamento de validade é, pelo texto constitucional de 1988, o mesmo. Nesse sentido, há que se fazer o seguinte registro: pelo texto constitucional derogado, o artigo 119, 2º e 3º, atribuía ao Supremo o poder para dispor, através de seu regimento interno, sobre o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso. Enquanto isso, as Súmulas dos demais tribunais tinha sua fonte de validade nos artigos 476 e seguintes do Código de Processo Civil, que, porém, só lhe adjudicam poder para interpretar normas gerais mediante o procedimento que estabeleceram. Com o advento da Constituição de 1988, ficou estatuída apenas uma norma genérica dirigida a todos os tribunais, tal seja, a do artigo 96, I, que atribui competência a estes para "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos,

5 Cfe. "Explicação preliminar" à primeira edição da Súmula extraída do texto de sua terceira edição, depto. de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1970, p.4, apud Moura Rocha, op.cit., 19.

com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos". Com isso, a fonte de validade de qualquer Súmula passa a ser a mesma, isto é, o Código de Processo Civil, o qual não pode ser contrariado por regimentos internos de qualquer tribunal superior, incluindo nestes o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que veio para substituir o Pretório Excelso no papel de unificador da interpretação do Direito federal, ficando o Supremo apenas com o papel de guardião da Constituição.

4.3. AS SÚMULAS EM FACE DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Uma vez assentado que as Súmulas são o resultado da jurisprudência predominante de um tribunal, autorizado pelo Código de Processo Civil a emití-la toda vez que existir um incidente de uniformização de jurisprudência, deve-se, agora, investigar sua natureza e função de acordo com a Teoria Geral do Direito.

O Poder Legislativo, ao criar uma norma jurídica, estabelece um tipo legal abstrato. Em contrapartida, o Poder

a,

Judiciário, através de seus órgãos, ao editar uma sentença ou acórdão, cria uma norma individual, relativamente a um caso concreto. Nesse sentido, é importante o dizer de Kelsen(1979, p.324 e segs), para quem as normas individuais são determinantes da conduta de um indivíduo em uma situação e, portanto, são válidas apenas para um caso particular e podem ser obedecidas e aplicadas somente uma vez. Tais normas são jurídicas porque fazem parte do ordenamento jurídico total, exatamente no mesmo sentido em que as normas gerais, que têm servido de base para a criação das individuais. Para o autor, o órgão judicante, para individualizar uma norma geral por ele aplicada, terá que verificar se, no caso litigioso que deve resolver, estão presentes concretamente os pressupostos da consequência do ilícito determinados pela norma abstrata. Após tal verificação, o juiz criará uma situação jurídica que antes de sua decisão não existia.

A índole da aplicação da norma geral ao concreto é de caráter político-jurídico. A determinação do marco de possibilidades interpretativas é um ato de conhecimento, mas, como a solução do caso exige uma opção entre as várias possibilidades, é também um ato de vontade que cria uma norma de escala inferior. Ou seja, se a norma geral tem várias significações, só um ato de vontade poderá fazer a opção entre uma delas. Como bem diz Kelsen (1979, p.466

467), a norma individual é tão-somente uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Assim, uma sentença judicial pressupõe uma certeza objetiva do sistema jurídico entendido em seus subconjuntos de normas, de fatos e de valores em que se apoiou, acrescentando o juiz à ordem jurídica a norma individual que edita ao proferir o julgamento. Some-se a isso a importante circunstância de um tribunal poder receber a competência para criar não só uma norma individual, apenas vinculante par o caso *sub judice*, mas também normas gerais, ao estabelecer o precedente judicial que, firmando jurisprudência, serão aplicáveis na decisão de casos semelhantes ou idênticos. No ordenamento jurídico brasileiro (art.114, 2º) permitem-se decisões normativas a serem proferidas pela Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, desde que lei especifique as hipóteses em que se possa estabelecê-las. E, com relação as Súmulas, qual o papel a elas reservado pelo ordenamento jurídico brasileiro? Para uma melhor compreensão dessa problemática, é necessário uma incursão em autores como Kelsen, Ross e Hart.

4.3.1. ANÁLISE A PARTIR DE HANS KELSEN

O Direito Positivo - objeto da Teoria Pura do Direito -, é, para Kelsen (1979, p.21 e segs), uma ordem que regula a conduta humana de uma maneira específica. A regulação cumpre-se mediante disposições que estabelecem como os homens devem comportar-se. Essas disposições são denominadas de normas, que surgem por meio do costume (Direito Consuetudinário) ou são promulgadas pelos atos conscientes de determinados órgãos destinados a criar Direito (Legislaturas). Norma é, assim, uma prescrição (dever-ser), isto é, um comando, permissão ou outorga de competência, posta por uma autoridade competente por força de atribuição emanada de outra norma hierarquicamente superior, e desse modo, escalonadamente, até chegar-se à norma fundamental, não mais posta e sim, pressuposta.

A propósito da função criadora do Direito - tema que mais interessa nos limites deste trabalho -, Kelsen (p.334-338) afirma que tal função - que existe em todas as circunstâncias -, surge com particular evidência quando um tribunal, designadamente um tribunal de última instância, recebe competência para produzir também normas gerais com força de precedente, que vem a ser aquela "vinculante para a

decisão de casos idênticos".⁶ Diante disso, transportando esses conceitos para a realidade de nosso ordenamento, seriam as Súmulas vinculantes para decisões de casos idênticos? Bottallo (1974, p.19), em importante análise do tema, responde *sim* e *não*. Para ele, *não* são vinculantes no que diz respeito às decisões proferidas por juízos e tribunais inferiores; porém, para as decisões da própria corte (no caso, do Supremo Tribunal Federal), *sim*, na medida em que o órgão emissor da Súmula deve obedecê-la, até que resolva modificá-la.

Sustenta o mesmo autor que a não vinculação dos julgamentos dos tribunais inferiores aos enunciados da

⁶ Nesse sentido, Kelsen, 1990, p.151, ensina que "A decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um **precedente**, isto é, de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares. Ela pode, contudo, ter o caráter de precedente apenas se não for a aplicação de uma norma geral preexistente de Direito substantivo, se o Tribunal atuou como legislador. A decisão de um tribunal num caso concreto assume caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade da norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente. Apenas com base nessa norma geral é possível estabelecer que outros casos são *similares* ao primeiro, cuja decisão é considerada o **precedente** e que, conseqüentemente, esses ou os casos devem ser decididos da mesma maneira. A norma geral, pode ser formulada pelo próprio tribunal que criou o precedente. Ou pode ser deixada para outro tribunal, obrigado pelo **precedente** a derivar dele a norma geral, sempre que surja um caso pertinente".

Súmula de um tribunal superior se fundamenta em um argumento relevante da Teoria Pura kelseniana: não há norma no Direito Positivo brasileiro que prescreva tal vinculação, ou, em outros termos, que institua a conduta oposta a essa obediência em pressuposto de uma sanção. A esse argumento, continua, poder-se-ia contrapor que uma decisão judicial contrária às Súmulas sempre seria passível de revisão através de recurso ao tribunal superior. Mais ainda, diz que isto não parece relevante, porque, na realidade, nada impede que a decisão de um juízo inferior seja contrária à Súmula e transite em julgado e passe a produzir coisa julgada entre as partes. Citando o próprio Kelsen (ibidem, p.365): "Mas se o processo em que uma decisão judicial pode ser atacada tem um termo, se há um tribunal de última instância cuja decisão já não pode ser atacada, se existe uma decisão com força de caso julgado, então a juridicidade (legalidade) dessa decisão já não mais poderia ser colocada em questão."

As Súmulas do Supremo Tribunal Federal (em matéria constitucional) e as Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (última instância judicial com atribuição de unificar o Direito federal) equivalem, dentro dessa linha de raciocínio, em certa medida, às proposições jurídicas preconizadas por Kelsen na Teoria Pura do Direito, na medida em que representam - por não terem força vinculante - meros enunciados das normas postas por aquelas Cortes. Ou seja, o dever ser de tais proposições é descritivo (não

obrigatório), não prescrevendo conduta a ser seguida pelos órgãos individuais e colegiados do Poder Judiciário. Por óbvio, uma advertência aqui deve ser feita: não se ignora a força persuasória das Súmulas. Elas têm um poder de violência simbólica de enormes proporções em nosso ordenamento e na estrutura das instituições jurídico-políticas. Porém, esse aspecto será analisado mais adiante.

Formalmente, as Súmulas vinculam apenas suas próprias decisões, ainda que tal vinculação seja feita ao arrepio da Constituição Federal. Porém, para o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça, para ficar nas mais importantes instâncias jurídicas do país, o conteúdo de suas próprias Súmulas passa a ter aquilo que Kelsen chama de "caráter de norma geral". Em decorrência, fazendo uma transposição que a própria Teoria Pura do Direito, Bottallo (ibidem) sugere que é possível dizer que as Súmulas, integradas que estão, v.g., no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, têm seu âmbito de validade restrito aos membros dessa Corte e compõem, em conjunto com referido Regimento, **uma ordem jurídica parcial análoga aos estatutos de uma corporação**. Seus enunciados, para efeitos dos julgamentos nos feitos de competência do Pretório Excelso, constituem normas gerais, que vem a ser o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser "vinculante" no desiderato de casos "semelhantes" ou "iguais". Conseqüentemente, as Súmulas representam uma

espécie de "moldura" dentro da (e de acordo com a) qual será produzida a norma individual de que fala Kelsen (1979, p.466-467) pelo Supremo Tribunal (ou o Superior Tribunal de Justiça, etc), no exercício e nos limites de sua competência.

Discutindo o tema das Súmulas sob o prisma da Teoria Geral do Direito, Alvim Pinto (1985, p. 231 e 232), assevera que o modelo kelseniano não é suficiente e não é capaz de explicar o fenômeno da Súmula sequer sob o ângulo normativo. Assim, se para Kelsen o Direito é composto por normas que buscam sua validade umas nas outras, que lhe são precedentes e hierarquicamente superiores, num movimento ascendente, até a norma fundamental, devendo haver coerência entre elas, "temos que se há uma norma constitucional que reza que ninguém deve ser obrigado a obedecer algo que não esteja previsto em lei, qualquer norma que seja inferior à Constituição Federal (caso em que se encaixam tanto o regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a Lei Orgânica Nacional da Magistratura) não pode, sob pena de criar uma incoerência, prever qualquer forma de "vinculação" (ainda que remota, indireta, mediata, etc...) de conduta, contrariando a previsão constitucional". De qualquer sorte, isso não invalida a análise, até porque, como se verá mais adiante, as vinculações decorrentes de leis ordinárias ou

regimentos internos são inconstitucionais, o que vai na mesma linha de raciocínio da autora citada.⁷

4.3.2. ANÁLISE A PARTIR DE HERBERT HART

Para Hart (1986, p.89 e segs), um sistema jurídico se estrutura como resultado da combinação de regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, mudança e adjudicação. Estas últimas, em íntima conexão entre si, exercem funções específicas em relação às primeiras: as regras secundárias de reconhecimento suprem sua falta de certeza, de modo a torná-las indiscutivelmente "regras prevalentes do grupo"; as regras secundárias de mudança suprem sua feição estática, de modo a fazê-las acompanhar as modificações ocorridas no corpo social a cuja disciplina estão voltadas; as regras secundárias de adjudicação suprem sua deficiente pressão social, permitindo determinar com autoridade se, em algum momento, foram transgredidas.

7 Para Ferraz Jr, 1986, p.148, as Súmulas do Supremo Tribunal não têm validade apoiada em outras normas, mas são permitidas na regulação do sistema, tornando-se, assim, normas origens (ao menos parcialmente) - portanto efetivas -, imunizando uma série de outras decisões e eliminando outras que não têm condições de fazer frente à sua efetividade.

Desse modo, a resposta de Hart à pergunta acerca da origem das obrigações dos juizes de aplicar certas normas, é que ela surge de uma prática ou regra social, desenvolvida principalmente por eles mesmos, que estabelece que as normas que satisfazem certas condições (como serem ditadas por determinado órgão legislativo) são válidas, isto é, devem ser aplicadas. A existência dessa prática social de reconhecimento de certas normas - que Hart chama de "regra de reconhecimento"-, se torna clara na aplicação reiterada dessas normas, na forma de justificação dessa aplicação, nas críticas a quem as aplica etc.⁸

Hart (idem, p.98 e segs) distingue também entre o ponto de vista externo e o ponto de vista interno relativamente à regra de reconhecimento. O ponto de vista externo é o de um observador que descreve o fato de em certo âmbito vigorar determinada regra de reconhecimento prescrevendo que normas devem ser aplicadas. Quando um observador externo diz que em um país os juizes estão obrigados, segundo a regra de reconhecimento vigente, a aplicar as normas que satisfazem determinada condição, este observador usa a palavra "obrigação" em um sentido descritivo que não implica considerar justificada a obrigação em questão. Por outro lado, o ponto de vista interno frente à regra de reconhecimento não consiste em

⁸ Ver, para isso, Nino, 1980, p.111.

fazer referência a ela, a não ser para determinar as normas a serem aplicadas. Este é, continua, o ponto de vista que adotam os juizes, e ele se manifesta no emprego da linguagem normativa própria do Direito. Ou seja, quando se diz que uma regra é válida, genericamente se formula um enunciado interno que pressupõe a aceitação da regra de reconhecimento.

Quanto às regras de adjudicação, Hart (*idem*, p.107-107) reserva-lhes o papel de definir um importante grupo de conceitos jurídicos (juiz ou tribunal, jurisdição, sentença) e, em certa medida, identifica-se com as de reconhecimento. Para ele, além de identificar quem deve julgar, tais regras acham-se num nível diferente das regras primárias, pois atribuem poderes judiciais e um estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações. Assim, um sistema que tem regras de julgamento (*adjudication*), está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento. Isto ocorre porque, "se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das decisões dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma fonte de Direito". Registre-se, também, que para o jusfilósofo

britânico, num moderno sistema jurídico, no qual existe uma variedade de "fontes" de Direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o Direito são múltiplos e normalmente incluem uma Constituição escrita, a aprovação por um Poder Legislativo e precedentes judiciais.

Nesse sentido, o próprio Hart (idem p.276) alerta para o fato de que alguns autores distinguem fontes de Direito "formais" ou "jurídicas" de "históricas" ou "materiais". De qualquer sorte, assevera, quando se diz que uma "lei" é uma fonte de Direito, a palavra "fonte" refere-se não a simples influências históricas ou causais, mas a um dos critérios de validade jurídica aceites no sistema jurídico em questão. Desse modo, a aprovação como lei feita por uma assembléia legislativa competente é a razão por que uma dada regra legal é Direito válido e não apenas a causa da sua existência. Esta distinção entre a causa histórica e a razão para a validade de uma dada regra de Direito pode ser traçada apenas quando o sistema contém uma regra de reconhecimento, em subordinação à qual certas coisas (elaboração por uma assembléia legislativa, prática consuetudinária ou precedente) são aceites como marcas identificadoras de Direito válido".

Pode-se dizer que, se para Hart o Direito existente se baseia no reconhecimento externo do fato de que

um certo modo de comportamento é geralmente aceito, na prática, como norma, então, conforme Bottallo (ibidem, p.24), " a natureza normativa das Súmulas se justifica pelo fato, internamente mostrado e externamente reconhecível, de que elas são geralmente aceitas e adotadas pelos juízos e tribunais como pautas ou critérios conducentes a uma decisão correta". As Súmulas se aproximariam, pois, do conceito de "moldura" de Kelsen, desprovidas de obrigatoriedade.

O próprio Hart (ibidem, p.277) contribui para a discussão ao dizer que em sistemas jurídicos nos quais uma lei é fonte de Direito (formal), um tribunal está vinculado a ela quando julgar um caso abrangido por essa lei, embora a considerável margem de liberdade para a interpretação do significado da referida lei. Mas, por vezes, deixa-se ao juiz (e isso não é incomum) muito mais do que a liberdade na interpretação. O juiz pode considerar que nenhuma lei ou outra fonte formal existe que solucione aquele caso *sub judice*. Ele pode basear sua decisão, então, no Digesto, na obra de um jurista francês, etc. O sistema jurídico não exige que ele utilize tais fontes, mas considera correto que o faça. São por isso, mais do que meras influências históricas ou causais, uma vez que tais obras (no caso do exemplo, o Digesto ou um autor francês) são reconhecidas como "boas razões" para decisões. Tais fontes poderiam ser chamadas, ainda, de fontes "permissivas", para as distinguir, quer das fontes jurídicas ou formais

"obrigatórias", como a lei, quer das fontes históricas ou materiais.

Assim, as Súmulas, analisadas no contexto da obra de Herbert Hart, a par de poderem ser consideradas como "molduras" a exemplo do enfoque a partir de Kelsen, podem ser vistas como "fontes permissivas" de Direito, sem caráter obrigatório, por falta de regra de reconhecimento autorizativa.

4.3.3. ANÁLISE A PARTIR DE ALF ROSS

Para Ross (1974, p.35 e segs), Direito vigente é o aplicado pelos tribunais. Antes dessa aplicação, o Direito consiste em normas. Para ele, norma é um enunciado expressivo que obedece ao propósito de influir na conduta de outrem. É o ato de sua aplicação pelos tribunais que a transforma em norma jurídica propriamente dita. Além disso, para que as normas se transformem em Direito vigente, não basta a simples aplicação das normas, mas sim, que os juizes as considerem como socialmente obrigatórias. Daí que:

1. As normas, da mesma forma que a conduta dos tribunais, não têm uma existência independente, ou seja, não constituem uma realidade em si, só adquirindo significação quando se correlacionam. Assim, uma norma só é vigente quando serve

para interpretar a conduta dos tribunais, do mesmo modo que a conduta dos tribunais só é uma "decisão judicial" quando interpretada à luz de uma norma. O Direito consiste, pois, nesse relacionamento entre conduta e norma.

2. Se o Direito vigente é o aplicado pelos tribunais a aplicação da norma é o critério decisivo para determinar sua vigência.

3. Porém, não basta a observância das normas, é necessário que quem as aplique se sinta vinculado por elas.

O mestre escandinavo entende que as normas jurídicas podem ser classificadas em dois grupos: as que prescrevem um certo tipo de ação (normas de conduta) e as que criam uma competência, poder ou autoridade (normas de procedimento). Tanto uma como a outra são dirigidas para o juiz. Mesmo quando uma norma de conduta aparentemente prescreve um comportamento a ser obedecido por determinada pessoa, em verdade isso se reduz a uma diretiva ao juiz sobre o modo como este deverá exercer sua autoridade num caso que envolva a aplicação dessa norma.

Assim, dado que para Ross o Direito vigente é o aplicado pelos tribunais, segue-se, logicamente, que à Ciência do Direito cabe conhecer e explicar o "fato" consistente na aplicação das normas pelos tribunais. Desse modo, já que as decisões judiciais são constituídas pela aplicação de normas pelos tribunais, conseqüentemente

incumbe à Ciência do Direito descrever tais fenômenos. As proposições científicas do Direito são sempre predições acerca do Direito vigente, ou seja, são predições de que, dadas certas condições, determinadas normas serão aplicadas pelos tribunais em futuras decisões. Se referida norma for de fato aplicada, a proposição estará "verificada". Disso se conclui que Ross delimita o âmbito da Ciência do Direito ao estudo das ações dos tribunais.

As normas jurídicas funcionam, nesse contexto, meramente como modelos para as decisões judiciais e que, ao observá-las, o juiz age movido por um impulso desinteressado, um puro senso do dever e não pelo temor de sanções jurídicas ou quaisquer outros interesses. Segundo o próprio Ross (ibidem, p.58), "não seria possível construir-se um ordenamento jurídico se não existisse na Magistratura um vivo e desinteressado respeito à teoria jurídica tradicional. Retenha-se que as normas jurídicas são observadas voluntariamente assim como as regras do xadrez".

Ross (ibidem, p.76) rechaça a concepção de que as "fontes do Direito" sejam os procedimentos para a criação das normas. Tal entendimento só explicaria a legislação, sendo inadequado para outras fontes, como o costume, o precedente e a razão. Admite, sem embargo, que a expressão "fontes do Direito" possa ser definida como o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação,

por parte do juiz, das regras nas quais este baseia sua decisão. Fontes do Direito, como ideologia, não se identifica, necessariamente, com fontes do Direito vistas como conjunto de fatores que influenciam a decisão do juiz. Tais fatores são a legislação, o precedente, o costume e a razão. Reconhece que os precedentes sempre tiveram um peso relevante nas decisões judiciais. Isso se deve não apenas a que a invocação dos precedentes permite que se ganhe tempo e libera o juiz de dúvidas e responsabilidades, mas também se liga estritamente à idéia de justiça formal que em todos os tempos se tem manifestado como aspecto essencial da administração da justiça, no sentido de que os casos idênticos devem receber tratamento idêntico.

Mais ainda, diz que nos sistemas de Direito codificado torna-se predominante a convicção pela qual os precedentes emanados de tribunais superiores - e particularmente da Suprema Corte -, devem ser respeitados no interesse da certeza jurídica; porém, adverte, tais precedentes não têm formalmente "força vinculante" como a lei. Na verdade, a maior força de tais precedentes se dá no campo da persuasão.

Desse modo, a partir de Ross, pode-se dizer que as Súmulas se apresentam como modelos ou sugestões para a resolução de controvérsias futuras, cuja natureza normativa (validade) vai depender do reconhecimento de que estas

correspondam à ideologia normativa prevalecente entre nós, de modo a vincular juízes e tribunais a sua observância.⁹

4.4. AS SUMULAS EM FACE DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Com a nova Constituição que entrou em vigor em 1988, houve sensíveis modificações no funcionamento da justiça brasileira. Com efeito, até 1988, durante toda a sua história, o Supremo Tribunal Federal acumulou as funções de guardião da constitucionalidade com a de unificador do Direito federal. Com o texto de 1988, foi criado o Superior Tribunal de Justiça, que passou a ter a função de uniformizar esse Direito, mediante o julgamento dos Recursos Especiais previstos no artigo 105, III, da Lei Maior. Para o Supremo Tribunal Federal o legislador constituinte reservou a tarefa de guardião da Constituição, mediante o julgamento de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade de leis e pelo julgamento dos Recursos Extraordinários previstos no artigo 102, III.

⁹ Nesse sentido é o entendimento Botallo, 1974, p.22, que chama atenção para o fato de que, "como para Ross o Direito é uma ciência empírica, somente pelo exame dos dados que a experiência nos fornece é que podemos caracterizar a natureza normativa das Súmulas, segundo os pressupostos de sua teoria".

Exsurge, de pronto, um dado novo no debate a respeito das Súmulas no ordenamento jurídico brasileiro. Se antes a discussão era dirigida ao papel da Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que acumulava as funções de guardião da constitucionalidade das leis e uniformizador da interpretação delas, agora, com as mudanças constitucionais, passam a ter notável importância as Súmulas emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça, que passou a fazer, no que tange à matéria infraconstitucional, aquilo que o Supremo Tribunal fazia até 1988.

Outro aspecto relevante diz respeito à forma e ao poder de edição dos regimentos internos dos tribunais. De fato, pela Constituição derrogada, através de autorização prevista no artigo 119, 3º, c, competia ao Supremo Tribunal Federal estabelecer no seu regimento interno "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência, originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal". Com a nova Constituição, ficou estabelecido apenas uma genérica autorização para todos os tribunais no artigo 96, I, a, no sentido de que estes podem "elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Resta claro, pois, do exame dos textos constitucionais elencados, que, se a Constituição anterior autorizava o Supremo Tribunal a "legislar" sobre matéria processual, esta, ao contrário, **manda que, na elaboração dos regimentos, sejam observadas normas de processo existentes no ordenamento jurídico.**

Muito pouco ou quase nada tem sido escrito a respeito das Súmulas após a novel Constituição. Assim, a visão da dogmática jurídica a respeito das Súmulas diz respeito à realidade jurídico-constitucional anterior. De qualquer sorte, guardadas as peculiaridades da velha e da nova realidade constitucional, a essência dos comentários da dogmática jurídica tem utilidade para o âmbito deste trabalho.

Como já visto, o Supremo Tribunal Federal, por emenda em seu Regimento Interno datada de 28.8.63, instituiu a Súmula da Jurisprudência Predominante, com o fim de compendiar as teses jurídicas firmemente assentes em suas decisões, conforme assevera Barbosa Moreira (ibidem, p.33). De acordo com esse autor, as Súmulas correspondem a teses jurídicas que "verdadeiramente refletem o pensamento dominante no Supremo Tribunal Federal, pois tais teses só se tornam objeto de Súmula com a aprovação de mais da metade de seus ministros e não de maiorias precárias e ocasionais".

O regimento Interno do Supremo Tribunal Federal em vigor regulamenta a matéria nos artigos 99 a 103, sendo que, em relação às Súmulas, especificamente, consta:

"Art.102.A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na "Súmula do Supremo Tribunal Federal".

1º A inclusão de enunciados na "Súmula", bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por maioria absoluta.

2º Os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados.

3º Os adendos e emendas à "Súmula", datados e numerados em séries separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no "Diário da Justiça".

4º A citação da "Súmula", pelo número correspondente, dispensará, perante o tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido."

Já no Superior Tribunal de Justiça, sucedâneo do Pretório Excelso em matéria de uniformização da jurisprudência concernente ao Direito federal, a matéria está regulada de modo idêntico no Regimento Interno daquela Corte, a saber:

"Art.122. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

1º Será objeto da Súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram a Corte Especial ou cada uma das seções, em incidente de uniformização de jurisprudência.

Também poderão ser inscritos na Súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, ou por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos.

2º A inclusão da matéria objeto de julgamento na Súmula da Jurisprudência do Tribunal será deliberada pela Corte Especial ou pela Seção, por maioria absoluta dos seus membros.

3º Se a Seção entender que a matéria a ser sumulada é comum às Seções, remeterá o feito à Corte Especial.

Art.125. Os enunciados da Súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento Interno."

O fato de a jurisprudência firmada pelos tribunais superiores (no caso presente mais interessam o STF e o STJ) ser compendiada em Súmula, como foi visto, ocasiona relevantes efeitos processuais, como, por exemplo: "a citação da Súmula pelo número correspondente dispensará, perante o Tribunal, a referência a outros julgados no mesmo sentido (art.102, 4º do RISTF e art.124, do RISTJ)"; além disso, o Ministro Relator pode "arquivar ou negar seguimento a pedido de recurso extraordinário (...), quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal (art.22, 1º do RISTF) ou o Relator poderá "negar seguimento a recurso(...) contrário a Súmula do Tribunal(art.34, XVIII, do RISTJ).

Diante de tais efeitos, que serão examinados mais adiante no que tange a sua (in)constitucionalidade, certos doutrinadores brasileiros atribuem um caráter normativo à jurisprudência contida na Súmula, entendendo-a obrigatória para todos os juizes e tribunais do país. Explicam que, constituindo o Supremo Tribunal Federal (e acrescentaria o Superior Tribunal de Justiça) os mais altos sodalícios da justiça brasileira e sendo suas decisões, conseqüentemente e respectivamente, irreformáveis por outro Tribunal, não se pode conceber que juizes de primeiro grau e outros tribunais julguem à revelia das proposições constantes na Súmula. Em face da autoridade que a Constituição outorga ao Supremo (e ao STJ), não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada em Súmula, seria afrontar sua soberania, reconhecer a imperfeição do Poder Judiciário e, finalmente, impedir a certeza jurídica.¹⁰

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal, ao decidir matéria que contrariava disposição em Súmula, deixou clara sua posição sobre o papel das Súmulas, através de um duro recado à instância inferior que se rebelara contra a Corte Maior: "Mas, se se conhece a Súmula - e o juiz brasileiro não a pode desconhecer - e se não a aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga,

¹⁰ Ver, para isso, Borborema, 1981, p.296.

desnecessariamente a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e requere-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar.(...) Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão da sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas aplicando-a, enquanto se não muda. Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou, como no caso, que insista em inaplicá-la - consubstanciada em Súmula e aplicada, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal - não se justifica".¹¹

Muitos autores concordam com o entendimento do Supremo Tribunal, como Moacyr Rocha (1971, p.324), para quem "Nem podemos deixar de recordar que a súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal; vê-la no sentido dogmático (quase normativo). A súmula não é, simplesmente, a jurisprudência dominante ou predominante. É a jurisprudência possuidora de caráter, repetindo, quase-normativo".

Diz mais ainda o citado autor (ibidem, p.319), que "a mobilidade decisória implica mobilidade jurídica, o que significa, nada mais nada menos, a colocação do decidido na corrente social. No caso brasileiro, as súmulas, nos seus enunciados, mesmo que pareça ousado afirmar, tendem a valer

¹¹ In RTJ 113/458-459

mais que a própria lei, vez que os seus enunciados são a síntese daquela lei posta a controlar o complexo social. Colocada na realidade social, a súmula é, por excelência, veículo da mobilidade da lei".

Para Buzaid (ibidem, p.212), autor do anteprojeto que resultou no Código de Processo Civil em vigor, sem embargo de ter sido derrotado na tentativa da criação das Súmulas com força de lei, "a súmula é estabelecida não para impor cega obediência ao primado da exegese, estancando, desvanecendo ou estiolando o espírito criador dos juristas em busca de fórmulas novas que atendam ao objetivo da justiça. A sua finalidade é por um clima de segurança na ordem jurídica, sem a qual fenecem as esperanças na administração da justiça. (...) Seguir uma orientação uniforme é um bem para a estabilidade da ordem jurídica. Inspira confiança, guarda acatamento aos órgãos superiores da Justiça e mantém autoridade".

Um dos criadores e inspiradores das Súmulas, Victor Nunes Leal, que foi um dos ministros encarregados da elaboração do respectivo projeto entre os anos de 1963 e 1964, considera que a Súmula realizou "o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência(...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei' e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento

flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento pelo qual pode ser modificada(...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juizes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a Súmula substitui a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do Direito".¹²

É bom registrar que, muito embora a posição moderada traduzida pelo idealizador das Súmulas, este, na condição de Ministro da Corte Maior, assumia, sempre, posição radical a favor do texto sumular. É bastante conhecido o debate travado por ele com o Ministro Eloy da Rocha, sobre a "possibilidade de se interpretar o texto de uma Súmula". Na ocasião, acentuou: "(...) a Súmula é um método de trabalho, através do qual esta Corte tem procurado eliminar dúvidas de interpretação. Se a Súmula, por sua vez, for passível de várias interpretações, ela falhará, como método de trabalho, à sua finalidade".¹³

¹² Consultar Nunes Leal, 1982, p.56.

¹³ Sobre esse tema, ver RTJ 45/73 e segs.

O Prof. Arruda Alvim, citado por Borborema (1981, p.296), explica que, sob o ponto de vista lógico, a Súmula é lei, pois constitui linguagem abstrata e pretende atingir a todos. Sob o prisma jurídico, porém, não tem caráter obrigatório, uma vez que não inova a ordem jurídica e simplesmente explicita o sentido da lei. Da mesma opinião é Barbosa Moreira (ibidem, p.343), para quem as proposições constantes da Súmula não têm obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam os outros tribunais do país, nem os juízos de primeiro grau.

Pontes de Miranda (ibidem, p.40) lembrava que, embora as Súmulas não fossem "assentos com força de lei", não se deveria retirar do texto do Código de Processo Civil de 1973 a "criação de dever dos juízes das Turmas, das Câmaras e dos Grupos de Câmaras, de respeitar decisões das maiorias absolutas, postas em súmula. A expressão "precedente" na uniformização da jurisprudência de modo nenhum pode ser entendida como simples ocorrência sem eficácia. Outra expressão, "predominante", que adjetiva a jurisprudência inserida em Súmula, conforme o Regimento Interno do STF, revela que há eficácia, contra a qual só se há de advertir fundamentação tal que leve a mudança de atitude por parte de nova maioria absoluta.

Vê-se, pois, que a variedade de opiniões é diretamente proporcional à importância do tema e à discussão

que suscita. Recentemente, em duas ocasiões a temática esteve na ordem do dia: primeiramente, com a tentativa de emenda à Constituição, acrescentando um parágrafo ao artigo 105, pelo qual o Superior Tribunal de Justiça passaria a ter o poder de julgar "ação direta de interpretação de Direito federal", cujo acórdão passaria a ter efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. A emenda foi derrotada no segundo turno de votação, no Senado da República, depois de intensa pressão da Ordem dos Advogados do Brasil, Confederação Nacional do Ministério Público e Associação dos Magistrados Brasileiros. Na mesma ocasião, foi aprovada emenda constitucional criando a "ação declaratória de constitucionalidade", a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, da qual tratar-se-á mais adiante. O segundo grande momento em que se debateu o tema foi por ocasião da Revisão Constitucional, realizada no período de 5 de outubro de 1993 a 31 de maio de 1994, conforme se verá em seguida, quando serão abordadas as formas de vinculação da jurisprudência e das Súmulas - seu corolário maior - no Direito brasileiro.

5. A JURISPRUDENCIA BRASILEIRA E SUAS FORMAS DE VINCULAÇÃO

5.1. A AÇÃO DECLARATORIA DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA INOVAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL

Atribuir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores e mais especialmente às decisões do Supremo Tribunal Federal é, como já se viu, desejo antigo de setores importantes da comunidade jurídica brasileira. Assim, malgrado as tentativas da criação da vinculariedade quando da edição do Código de Processo Civil de 1973, o assunto ganhou contornos de grande relevância política no final do ano de 1991, quando o então presidente da República Fernando Collor de Melo elaborou o chamado "emenda constitucional", que compreendia um conjunto de emendas constitucionais visando uma reforma tributária, previdenciária e a introdução de duas novas ações judiciais: a primeira consistia na possibilidade de o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade de leis e atos normativos federais, sendo as decisões vinculativas para toda a administração pública; a segunda consistia na

possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça julgar ação de interpretação de lei federal e estadual, tendo igualmente tais decisões efeito vinculante para o restante do sistema jurídico. Diante de forte reação da imprensa, dos juristas e dos meios políticos, o presidente Collor desistiu da idéia.

Com a queda desse presidente, e conseqüente alteração substancial da realidade política do país, o assunto voltou à discussão através de emenda constitucional patrocinada pelo presidente da República Itamar Franco. Destarte, no esforço de garantir a coesão dos meios políticos necessária à criação de um "ajuste fiscal", foi discutida, votada e promulgada a Emenda Constitucional nº 3, publicada no Diário Oficial de 18 de março de 1993.

Entre os vários pontos modificados e criados no texto constitucional, que vão desde a autorização para a instituição do imposto provisório sobre movimentação ou transmissão de valores e créditos, até a eliminação do adicional ao imposto de renda, de competência dos Estados, passando pela revogação do artigo 156, foi instituída uma ação de âmbito constitucional sem precedentes no Direito comparado. Com efeito, no artigo 102, foi acrescentado à competência do Supremo Tribunal Federal, no inciso I, alínea a, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, passando o parágrafo único do mesmo artigo a asseverar que "as decisões definitivas de mérito,

proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo". Além disso, no artigo 102 foi acrescentado o 4º, dispondo que "a ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República".

Desde logo, pelo inusitado da proposta e pela rapidez na tramitação, surgiram importantes indagações acerca da natureza jurídica da ação e da sua própria constitucionalidade. Como muito acentua Slaibi Filho (1994, p.87), "o caráter afirmativo da constitucionalidade, vinculante para os demais órgãos do estado, é absolutamente inovador no Direito Comparado".

O jurista Ives Gandra Martins foi o idealizador da ação declaratória de constitucionalidade. Quando o então governo Collor enviou ao Congresso Nacional projeto de Emenda Constitucional, coube ao tributarista paulista encontrar uma fórmula "para evitar mal maior". Sua proposta, em substituição à emenda do presidente Collor, previa um amplo debate, permitindo que, no prazo regulamentar para que o Ministério Público se pronunciasse, todas as entidades com legitimidade para propor a ação direta de

inconstitucionalidade pudessem ingressar na lide processual, contestando os fundamentos da ação, na qualidade de assistentes. Na oportunidade, combatendo a advocatória proposta do "emendão" do presidente Collor, e justificando o novo instrumento processual por ele concebido, afirmou: "Manifesto-me, hoje, contra a emenda constitucional que pretende reintroduzir a advocatória. Entendo, todavia, que o controle real da constitucionalidade não pode ficar apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou contra ato ou lei, maculados pelo vício maior no universo jurídico. Há necessidade de uma ação de contrapartida, isto é, uma ação declaratória de constitucionalidade, cuja titularidade para proposição seria de todas as pessoas elencadas no artigo 103 da Constituição Federal, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade."

Entre as vantagens de tal proposta sobre a advocatória, segundo o mesmo autor, militam:

- "a) a competência do Supremo Tribunal federal seria originária e não decorrencial;
- b) os motivos de sua proposição seriam 'jurídicos' e não 'políticos';
- c) não haveria interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada;

d) em questões polêmicas, a uniformização far-ze-ia com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao estado uma interpretação definitiva".¹

Disse, ainda, o citado jurista, que foi apenas para evitar que o Supremo Tribunal pudesse inibir o prosseguimento de qualquer ação em instância inferior, por motivos políticos (não jurídicos), mas fáticos, de acordo "com um governo que não se notabilizou por respeitar a lei, é que ofertei proposta intermediária, em que:

- a) o Governo deveria mostrar a juridicidade de sua pretensão;
- b) no prazo regulamentar para o Ministério Público falar, todas as entidades com legitimidade ativa para ação direta de constitucionalidade poderiam entrar no processo, contestando os fundamentos da ação;
- c) o Supremo Tribunal Federal, ao conceder a liminar, deveria justificar os fundamentos jurídicos de sua postura exegética;
- d) a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante só ocorreriam quando da decisão final, servindo, pois, a liminar, como mero sinalizador do pensamento inicial da Suprema Corte".²

¹ Ver Martins, 1994, p.121

² Ibidem, p. 122.

A proposta, assim concebida, foi encampada pelo senador Roberto Campos e pela Comissão de Reforma Tributária do Governo Collor. Com a queda do presidente Collor, o tema da reforma tributária foi retomado, culminando com a aprovação da já citada Emenda Constitucional nº 3, resultado de substitutivo de autoria do deputado Benito Gama, com perfil bem diverso da proposição original.

Várias vozes se levantaram contra a inovação constitucional. A expressiva maioria dos doutrinadores aduziram ser inconstitucional a nova ação. O próprio Ives Gandra (1994, p.123), ao ver que sua criação foi "desvirtuada", tratou, imediatamente, de se livrar do "filho bastardo": "Considero ser de manifesta inconstitucionalidade tal emenda. Ao ter sugerido este tipo de ação para atalhar o perigo da avocatória, vi, infelizmente, minha proposta adulterada pelo eminente amigo e deputado Benito Gama, **em cuja concepção não tive qualquer participação**. Resisto a qualquer 'investigação de paternidade'. Este filho bastardo não é meu, apesar de ter adotado o constituinte o mesmo nome que daria ao filho que não gerei".(destaque do autor)

Além disso, Gandra (ibidem, p.128) sustenta que "a força vinculante atribuída, pela nova redação do art.103, à decisão que reconheça a constitucionalidade da lei ou do ato federal por essa via, retira, dos demais órgãos do Judiciário e do próprio Supremo Tribunal Federal, a

legitimidade ativa para deflagrar novo julgamento a respeito, impedindo que questões individuais sejam suscitadas ou subam à superior instância, pois estarão sumariamente decididas, sem o exaurimento do devido processo legal e sem o exercício da ampla defesa e do contraditório".

Uma das críticas mais contundentes foi feita pelo jurista Marcelo Figueiredo (1994, p.169), que assegura não passar a declaratória de "uma avocatória travestida, diante dos efeitos produzidos". Além disso, diz o autor, com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade, "atritou-se o princípio da separação de Poderes, e, via de consequência, a competência do Legislativo. A nova previsão desfigura a ideia e função do Poder Legislativo, órgão naturalmente vocacionado a apreciar previamente a constitucionalidade. Em uma palavra, tal como vazada a ação declaratória, é autorizado o intérprete a obter a seguinte leitura global da ação: declarar a constitucionalidade, nos moldes previstos na ação, é, um última análise, legislar. Instaure-se uma espécie de 'dependência' entre Legislativo e Judiciário, pois o mesmo fará a lei sob condição; aguarda-se a chancela, o crivo do Judiciário. Acaso a possibilidade não fere o equilíbrio de Poderes?"

Fazendo coro com as críticas à nova ação, Greco Filho (1994, p.131) sustenta que o ponto mais relevante a ser considerado "está ligado à determinação de seu efeito

vinculante para o Judiciário em geral ou às instâncias inferiores. Este efeito vinculante a meu ver extermina a função jurisdicional enquanto tal. Assim é pois implica retirar de todos os demais órgãos do Poder Judiciário a aptidão para formar um convencimento diverso daquele contido na decisão de mérito proferida na ação declaratória ou direta. Ou seja, nenhum juiz ou tribunal poderá decidir contrariamente ao que decorrer do processo concentrado de interpretação e declaração de constitucionalidade".

Logo após a promulgação da Emenda nº3, a Ordem dos Advogados do Brasil reuniu vários juristas de nomeada para apreciar a matéria, concluindo todos pela inconstitucionalidade da nova ação, pelos seguintes motivos:

- a) trata-se de ação sem réu;
- b) haveria violação do princípio do devido processo legal (art.5º, LIV), dos princípios da ampla defesa, abrangendo o contraditório (art.5º, LV) e do acesso à justiça (art.5º, XXXV), sendo, pois, violadas as cláusulas pétreas da Constituição (art.60, 4º, IV);
- c) não estaria sendo respeitado o princípio da separação dos poderes (art.60, 4º, III);
- d) estaria sendo eliminado o princípio do duplo grau de jurisdição e da recorribilidade das decisões judiciais.³

³ Cfe. Mendes, citado por Wald (1994, p.24), no qual invoca as posições assumidas pelos Professores Souto Maior, Eduardo Bottallo, Misabel Derzi, Geraldo Ataliba e Ives

A controvérsia assumiu tamanha relevância a ponto da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil, através do advogado Ives Gandra Martins da Silva, ingressar, junto ao Supremo Tribunal Federal, com ação direta de inconstitucionalidade contra a ação declaratória de constitucionalidade. A ação não foi conhecida pela Suprema Corte, por entender, por maioria de 7 votos contra 3, que a entidade congregadora de magistrados não tinha legitimidade para a propositura da ação. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a Associação dos Magistrados Brasileiros teria legitimidade para discutir vencimentos da magistratura - por dizer respeito a discussão desse tema exclusivamente a interesses de seus associados -, **mas não teria legitimidade para discutir a violação de cláusula pétrea, atingindo garantias e direitos individuais, nem sua própria competência jurisdicional, na medida em que tal matéria transcendia o exclusivo interesse dos julgadores de todo o País.**

Porém, pela importância do tema, o Ministro Moreira Alves, relator da matéria, anexou o pedido da Associação dos Magistrados Brasileiros aos autos da ação

Gandra da Silva Martins Ver, também, Cruz e Tucci, 1994, p.151, para quem "nada mais será preciso aduzir para pronta verificação do inominado absurdo contido na Emenda nº 3, gritantemente afrontosa, pelo menos no que se refere à ação declaratória, da letra e do espírito da própria Constituição".

declaratória de constitucionalidade nº 1, que tratava do tributo conhecido como "cofins", para ser julgado como "questão de ordem". Depois de ampla discussão, concluíram os ministros, por maioria de votos, pela constitucionalidade da parte da emenda nº 3 que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade. Votaram pela constitucionalidade os Ministros Moreira Alves, Ilmar Galvão, Francisco Rezek, Neri da Silveira, Octávio Gallotti, Paulo Brossard e Carlos Velloso. Pela inconstitucionalidade votou somente o Ministro Marco Aurélio. Os votos vencedores basearam-se nos argumentos a seguir expostos:

1. Improcedência dos ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias individuais é evidente em face de os instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos - e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles - terem a natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (*inter partes*) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos.

2. Além disso, se o acesso ao Judiciário sofresse qualquer arranhão por se afastar, nos casos concretos, a possibilidade de se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para se argüir a inconstitucionalidade,

ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito, extensível a todos, por qualquer dos instrumentos do controle concentrado em abstrato, esse aranhão decorreria da adoção do próprio controle concentrado e não exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos como o é a ADC.

3. Por outro lado, qualquer que seja o sentido que se dê ao princípio constitucional do *due process of law*, não é ele violado pela ADC. é também inteiramente improcedente a alegação de que a ADC converteria o Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ADC à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é insito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexista controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Não, em síntese, qualquer violação ao princípio da separação dos Poderes.⁴

O Ministro Francisco Rezek, ao enfrentar a questão relacionada à alegada violação do princípio da separação dos Poderes, depois de tecer críticas a tribunais de justiça rebeldes, que, muitas vezes, se recusam a adotar a

⁴ Apud Cruz e Tucci, op. cit., p.183.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, aduziu: "De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o 2º do art.102, por força da Emenda nº3, e a única coisa que lamento é que isso não tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade".⁵

Mesmo caminho seguiu a manifestação do Ministro Paulo Brossard, para quem o efeito vinculante é uma medida de utilidade que o legislador entendeu oportuno adotar. "É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta

⁵ Ibidem, p.207.

ou por aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso".⁶

O único voto dissonante partiu do Ministro Marco Aurélio Mello: Segundo seu voto, antes de pedido de vista dos autos, já aludia que tinha seríssimas dúvidas quanto à constitucionalidade do efeito vinculante relativamente ao Poder Judiciário, principalmente porque a Constituição de 1988, repetindo, sem a possibilidade de a lei impor condição, o que se continha na Carta de 1969, assegura o acesso ao Judiciário sem peia e objetivando lograr provimento emitido à luz da livre convicção do magistrado. A Emenda nº3, assim, pergunta, não conflita com o inciso IV, 4º do art.60 da Magna Carta? Até que ponto, continua indagando o Ministro, o surgimento de mais um instrumental conducente ao controle concentrado de constitucionalidade, com peculiar força vinculante, faz-se ao mundo jurídico em conflito com a citada regra constitucional? Para o Ministro Marco Aurélio, a simples criação de mais uma ação, além da já prevista (Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADIn), acaba por solapar direitos e garantias individuais que asseguram o acesso ao Judiciário e a tramitação do pedido, considerado o devido processo legal, no que tem como apanágios o contraditório, a ampla defesa e o deslinde da demanda ao sabor da formação humanística e profissional do

⁶ Ibidem, p. 228.

órgão competente para o julgamento da demanda, sem as peias decorrentes de decisão, ainda que emanada da Corte mais alta, em processo do qual o cidadão não participou. Concluindo, assevera que a nova ação é inconstitucional também porque mostra-se com efeitos que superam os da criticada advocatória e que tinha como estigma o fato de ter sido criada na vigência na Carta de 1969. Com a ação declaratória e o efeito vinculante, as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do que decidido em processo diverso, sem dele terem participado os verdadeiramente interessados.⁷

5.2- O ARTIGO 38 DA LEI nº 8.038/90: UMA FORMA INCONSTITUCIONAL DE VINCULARIEDADE DA JURISPRUDENCIA

Ciente da histórica dificuldade de se conceber efeito vinculante à jurisprudência no nosso ordenamento jurídico, o legislador brasileiro encontrou um meio sutil de alcançar esse antigo anseio. Destarte, como a Constituição Federal de 1988 trouxe sensíveis modificações na área recursal, foi necessária a edição de uma lei contemplando a

⁷ Ibidem, p.211 a 218.

forma procedimental dos recursos junto aos tribunais superiores. Como já dito, se antes o Supremo Tribunal examinava matéria constitucional e infraconstitucional via recurso extraordinário, agora, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, a este coube a tarefa da interpretação da lei federal e da unificação de tal interpretação por intermédio do recurso especial, previsto no artigo 105, III, a, b e c, da Lei Maior. O recurso extraordinário está previsto no artigo 102, III, a, b e c, da Constituição Federal.

Assim, se de um lado a Emenda Constitucional nº 3 trouxe - através da ação declaratória de constitucionalidade - a indevida (**e inconstitucional**) vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, por outro lado o legislador ordinário construiu outro tipo de vinculação - igualmente inconstitucional. Dessa forma, com a edição da Lei Federal nº 8.038/90, introduziu-se, através do artigo 38, uma forma indireta de atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, mais especificamente, às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

"Art.38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, **que contrariar, nas**

questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal".(grifei)

Esse dispositivo legal confere tamanhos poderes e competência ao ministro relator do recurso (especial ou extraordinário), que descaracteriza a natureza dessas decisões como sendo de tribunais, que de regra são fruto de um colegiado e não da cabeça de um só magistrado. O mais grave problema, porém, não reside no caráter monocrático da decisão, mas na vinculariedade que se dá às Súmulas do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, sutilmente, o legislador conseguiu inserir dispositivo na citada Lei nº 8.038 que contraria a tradição de nosso sistema jurídico.

Com relação ao recurso especial, v.g, o artigo 105 da Constituição Federal especifica que "compete ao Superior Tribunal de Justiça":

"(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja sido atribuída outro tribunal".

Como já referido, o recurso especial tem origem no desmembramento das matérias que, na ordem constitucional anterior, estavam afetas ao recurso extraordinário. Assim, as hipóteses de cabimento do recurso especial já eram previstas, quase que com a mesma redação, para o recurso extraordinário, nos diplomas constitucionais anteriores.

A Lei Federal nº 8.038/90, veio para regular a forma de processamento dos recursos. No artigo 38, tratou do juízo de admissibilidade dos recursos junto aos dois tribunais maiores. Muito embora as graves consequências advindas de sua edição, mormente no que se refere ao verdadeiro "filtro" resultante da aplicação desse, o assunto não tem repercutido na dogmática jurídica.

De fato, lamentavelmente, a doutrina processual pátria tem silenciado a respeito. Somente um doutrinador sustenta a inconstitucionalidade da parte final do artigo 38 em questão. Destarte, Pinto (1992, p.169), embora não aprofunde a matéria quanto ao aspecto da vinculariedade da jurisprudência sumular, envereda por outro caminho dizendo que a interpretação, no sentido de que se trataria de juízo de admissibilidade negativo do recurso especial, em razão de

Súmula do STJ no mesmo sentido da decisão recorrida, inevitavelmente leva à conclusão de que a parte final do artigo 38 é inconstitucional em face do que dispõe o artigo 105, III, letra c, da Constituição Federal. É que a Lei Maior prevê o cabimento do recurso especial quando a decisão recorrida "der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal". Desse modo, basta que a decisão adote tese jurídica divergente de outro tribunal da federação, e que se alegue ser esta última a correta, para que se admita, contra a mesma, o recurso especial. Porém, continua o autor, a prevalecer a tese de que o relator faz "juízo de admissibilidade", basta que exista Súmula do STJ no mesmo sentido da decisão recorrida para que o recurso não seja admitido, uma vez que contrariaria Súmula daquela corte. Logo, o relator negaria seguimento ao recurso, forte no artigo 38. Ora, aduz o citado jurista, se em tese o recurso deve ser admitido até mesmo em pedido flagrantemente contra a lei, bastando que haja um acórdão paradigma em sentido contrário, não se pode admitir que a ofensa à Súmula tenha o condão de impedir o conhecimento do recurso. Em realidade, em tais circunstâncias, a aplicação do artigo 38, em sua parte final, proporciona, previamente, a emissão, por parte do relator, de um juízo de mérito para todo recurso (especial ou extraordinário) cuja pretensão (ou objeto) colida com enunciado de uma Súmula. Entre outras coisas, jamais se chegaria a alterar uma Súmula, revê-la ou suprimi-

la, como prevêem os regimentos internos das citadas cortes superiores.

Em nível de discussão pretoriana, há uma decisão do Supremo Tribunal Federal, na qual, incidentalmente, a matéria foi debatida no mandado de injunção nº 375 (Agravo Regimental). Na ocasião, o impetrante do mandado de injunção teve seu pedido indeferido de plano, com base no artigo 38 da Lei nº 8.038/90, que repete *ipsis literis* o disposto no artigo 21, 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Questionada a constitucionalidade de tal dispositivo, o Supremo Tribunal, em brevíssimas palavras, definiu ser "legítima, sob o ponto de vista constitucional, a atribuição conferida ao relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência".⁸

Logicamente, partindo-se da premissa de que o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal é o corolário do tipo de sistema jurídico adotado no Brasil, tal seja, o do primado da lei (**ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei**), não é temerário sustentar a inconstitucionalidade do disposto no artigo 38 da citada lei federal. Com efeito, esse artigo, ao

⁸ RTJ 139/57.

dar poderes ao relator de negar seguimento a recurso cujo objeto seja colidente com disposto em Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, **deixa claro o efeito vinculante cometido às Súmulas dos tribunais superiores**. Assim, o que é negado *lato sensu* - tal seja, o caráter vinculativo das Súmulas - é praticado *stricto sensu*, ou seja, a posição assumida pelo tribunal superior passa a ter efeito *erga omnes*, eis que adquire o condão de impedir, de plano, a subida de recurso para rediscussão da interpretação dada à lei federal ou à própria Constituição da República.

Dito de outro modo: ao editar uma Súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam a ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, "legisla", ao conceberem a interpretação "correta" de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso "que contrariar, nas questões predominante de direito", Súmula do respectivo Tribunal". E não se diga que a exceção constante nas expressões "nas questões predominantemente de direito" teria o condão de impedir o vício, pela simples razão de serem inócuas, visto que, pela própria Súmula nº7 do Superior Tribunal de Justiça, repetindo o teor da Súmula 279 do Pretório Excelso,

"a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Ou seja, se as questões não forem "predominantemente de direito", o recurso não terá guarida por outra razão que não a da contrariedade ao disposto na Súmula do Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça).

5.3. O EFEITO VINCULANTE NOS REGIMENTOS INTERNOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Outra forma encontrada pelos tribunais brasileiros para conferir efeito vinculante às suas decisões foi prever tal possibilidade em seus regimentos internos. Assim, se pela o legislador tem rejeitado, ao menos explicitamente, qualquer hipótese de concessão de efeito vinculante às decisões judiciais --o que ficou claro quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973 -- por outro lado os tribunais conceberam uma forma de tangenciamento dessa vedação mediante a previsão e autorização de tal efeito nos regimentos internos.

Os tribunais sempre tiveram a prerrogativa de elaborar seus regimentos internos. A primeira Constituição

que tratou da matéria foi de 1934, que, em seu artigo 67, estabelecia, genericamente, a prerrogativa de os tribunais elaborarem os seus regimentos internos. A Carta de 1937 repetiu o texto da Constituição anterior, em seu artigo 93, a, assim como a de 1946, em seu artigo 97, II.

Na derogada Constituição de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, houve sensível modificação no enfoque constitucional da questão. Com efeito, a matéria estava regulada em duas partes. Ao contrário do que ocorrera nas Constituições anteriores, o Supremo Tribunal Federal, pelo disposto no artigo 119, 3º, "d", recebeu delegação constitucional para, em seu regimento interno, disciplinar "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal". Já os demais tribunais federais e estaduais, a exemplo do que ocorrera com todos os tribunais nas Constituições anteriores, inclusive quanto ao Supremo Tribunal Federal, foram contemplados com uma genérica autorização para "elaborar seus regimentos internos e neles estabelecer, respeitado o que preceituar a Lei orgânica da Magistratura Nacional, a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos, seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas" (art.115, III).

A Constituição Federal de 1988 abandonou o sistema de delegação legislativa da Constituição autoritária de 1967/69, voltando à sistemática antiga de autorização genérica, *in verbis*:

"Art.96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondó sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

(...)"

Algumas questões exsurtem do simples cotejo das duas realidades constitucionais elencadas. Enquanto a Constituição de 1967/69 "delegara ao Supremo verdadeiro poder de legislar" ⁹, o que era, como já visto, uma inovação em face das Constituições anteriores, tal princípio não foi repetido no texto vigente. Isso significa, sem dúvida, que foi inequívoca a vontade dos constituintes de 1988 no sentido de diminuir o poder não só do Supremo Tribunal Federal, como também dos demais tribunais brasileiros.¹⁰

⁹ Cfe. Souza, 1994, p.120. Também Ferreira Filho, 1974, p.257, para quem tal dispositivo atribuiu "ao Supremo Tribunal Federal, na verdade, o poder de legislar sobre processo." Dizia ainda esse autor, que nesse campo, a lei não poderia inteferir, sob pena de incidir em inconstitucionalidade. Percebe-se, pois, o amplo poder que detinha o Supremo Tribunal Federal no regime da derogada Constituição de 1967/69.

Tanto é assim que, além de não mais prever a delegação expressa, a alínea a do inciso I do artigo 96 coloca limites muito claros para a elaboração dos regimentos internos de todos os tribunais, ou seja, eles podem elaborar seus regimentos internos desde que observem "as normas de processo" e "as garantias processuais das partes". Foram colocadas, pois, restrições ao poder de elaboração dos regimentos que não constavam nas Constituições anteriores.

A dogmática jurídico-constitucional ainda não percebeu a profundidade e a importância dessa problemática. Souza (1994, p.120), comentando o assunto, diz que, embora o princípio delegatário não tenha sido repetido na atual Constituição, tal circunstância "não invalida a sua manutenção e significância para os tribunais. Entender o contrário implicaria em lamentável retrocesso. A tradição, no caso, é válida, construtiva, moderna e deve ser mantida como preciosa conquista do Judiciário". Não é possível concordar com essa opinião, por duas razões. Uma, porque a assertiva do professor gaúcho não está assentada em qualquer norma constitucional. Além disso, tenta construir interpretação a partir do que se pode chamar de "silêncio eloquente do legislador constituinte", ou seja, de uma não previsão, deliberada, do legislador, o autor tenta construir

10 No sentido de que a competência prevista na Constituição derogada (art. 119, 3º) não foi mais conferida ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição de 1988, ver Clève, 1993, p.80 e 81.

a "recepção" de dispositivo de uma Constituição derogada. Outra, porque não se trata de quebra de "tradição". Se "tradição" houvesse, esta seria em sentido contrário, como já demonstrado anteriormente, pelo exame dos textos constitucionais de 1934, 1937 e 1946.

Abordando a matéria, em seus Comentários à Constituição de 1988, Cretella Jr (1993, p.3034) deixa claro que "o Regimento Interno, que é a lei material dos tribunais, estabelecerá seu regime jurídico-administrativo, quanto às funções processuais e às funções administrativas. Quanto às normas processuais, os tribunais são obrigados a transpô-las para os Regimentos respectivos, **não podendo haver nenhuma inovação a respeito**".(grifei) Mais adiante, acentua que, em matéria processual, no máximo "o Regimento Interno deverá transcrevê-las, em obediência à regra jurídica constitucional".

É importante ressaltar, ainda, que, como bem diz Silva (1982, p.201), existe uma eficácia ab-rogativa das normas constitucionais: "O princípio é o da incidência imediata das normas constitucionais. Todas as normas constitucionais - quer as de eficácia plena, quer as de eficácia contida, ou as de eficácia limitada, as programáticas inclusive - incidem, nos limites de sua eficácia, imediatamente, salvo se a própria Constituição, de outro modo. Pontes de Miranda, sobre o tema, afirma: 'A

Constituição é rasoura que desbasta o Direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais".

Muito embora a clareza do texto constitucional, os regimentos internos dos tribunais não foram adaptados ao novo tratamento constitucional da matéria relativa aos limites da competência para sua elaboração, estando vigorando - tanto os de edição anterior a 5 de outubro de 1988, como os de edição posterior - em flagrante contrariedade à Constituição de 1988. Assim, por exemplo, o inciso XVIII do artigo 34 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que, entre as atribuições do relator, está a de "negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, **contrário a súmula do Tribunal**, ou quando for evidente a incompetência deste", o que configura, insofismavelmente, indevida e inconstitucional atribuição de efeito vinculante à Súmula. Esta matéria é repetição do parágrafo único do artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, serviu de base para a edição do artigo 38, da Lei Federal nº 8.038/90.**11**

11 A influência das Súmulas na admissibilidade dos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é analisada por Pinto, op.cit., p.130. Cita conferência de Alfredo Buzaid proferida em 15.9.83, transcrita por Raul Armando Mendes, na qual o idealizador do Código de Processo Civil de 1973 assevera que, embora a súmula não tenha força obrigatória, se não for observada pelos juizes e tribunais, sua sentença ou

O artigo 125 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça atribui, explicitamente, força vinculante à Súmula nas decisões do Tribunal, ao dispor que "Os enunciados da Súmula prevalecem e serão revistos na forma estabelecida neste Regimento".

No âmbito dos tribunais dos Estados, é relevante trazer à lume previsões constantes no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Seguindo a linha dos regimentos internos dos tribunais superiores, uma delas diz respeito à explícita previsão de vinculariedade das Súmulas:

"Art.246 - Enquanto não modificadas, as Súmulas deverão ser observadas pelos órgãos julgadores".

Tal previsão, a par de ser de evidente inconstitucionalidade, e muito embora não contenha sanção para quem desobeça referida norma, produz, e aí reside sua importância maior, forte efeito de violência simbólica - conforme se verá em capítulo específico.

A segunda inovação inconstitucional do citado Regimento Interno consta no artigo 210, pelo qual

acórdão que a contrarie será reformável. A Súmula é, segundo Buzaid, "a própria voz do legislador".

"A decisão declaratória ou denegatória da inconstitucionalidade, se proferida por maioria de dois terços, **constituirá para o futuro, decisão de aplicação obrigatória em casos análogos**, salvo se algum órgão fracionário, por motivo relevante, entender necessário provocar novo pronunciamento do órgão especial sobre a matéria".

Referido dispositivo regimental inova não só com relação ao texto constitucional, como também com relação aos regimentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que, em nenhum momento, cogitam, em sede de incidente de inconstitucionalidade, conceder efeito vinculante às decisões proferidas pelo órgão especial na apreciação *incidenter tantum* de inconstitucionalidade no controle difuso. Não foram tão longe, pois, os tribunais superiores.

O citado dispositivo regimental afronta não somente o artigo 97 da Constituição da República e as normas processuais que dizem respeito ao controle difuso de constitucionalidade, como também o artigo 52, inciso X, da Lei Maior. Com efeito, é vedado, nos termos do artigo 97, aos órgãos fracionários de quaisquer tribunais, a declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, tarefa reservada, exclusivamente, aos órgãos especiais das cortes estaduais e federais. Assim, v.g., declarada por tribunal estadual a inconstitucionalidade de uma lei federal,

estadual ou municipal, pelo controle difuso, mediante respectivo incidente de inconstitucionalidade, o recurso extraordinário torna-se o remédio para levar a questão à apreciação do Supremo Tribunal Federal, guardião último da constitucionalidade das leis. Se o Supremo Tribunal decidir, finalmente, por maioria absoluta de seus membros, que a aludida lei é inconstitucional, remeterá o julgado ao Senado da República, que, nos termos do artigo 52, inciso X, suspenderá (ou não) a execução da lei. Este é o caminho processual-constitucional a ser seguido em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Diante de tais premissas, a aplicação do artigo 210 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul congela a interpretação constitucional de uma lei, desobrigando, inclusive, por parte do órgão fracionário, a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, que é obrigatório consoante a clara dicção do artigo 97, da Magna Carta. O dispositivo em tela, ao obrigar o órgão fracionário a seguir a prévia interpretação da lei pelo órgão especial do tribunal, impede o normal funcionamento do controle concreto de constitucionalidade, além de ferir o artigo 59, inciso II, da Constituição, que assegura o primado da lei e que

constitui o sustentáculo do sistema jurídico adotado no Brasil.¹²

é necessária, pois, uma profunda reflexão sobre a temática relacionada à inovação trazida pela Constituição de 1988. Fundamentalmente, antes de enfraquecer a prerrogativa de o Poder Judiciário elaborar, a seu livre arbítrio, os regimentos internos de seus tribunais, mediante a retirada da delegação de legislar, o legislador constituinte fortaleceu a independência e a harmonia dos poderes do estado, posto que a tarefa de legislar pertence ao Poder Legislativo. Além disso, ao exigir que, na elaboração dos regimentos, sejam respeitadas as regras processuais vigentes e os direitos das partes, o texto constitucional caminhou, de forma coerente, com o fortalecimento do direito de cidadania previsto especialmente no artigo 5º e seus setenta e dois incisos.

12 Esse dispositivo tem o condão de produzir uma situação que pode ser considerada teratológica. Com efeito, estando os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça "vinculados" à decisão do órgão pleno, tais órgãos, compostos, cada um, por três desembargadores, tem menos poder que um juiz de Direito de primeira instância. Assim, decidida a "inconstitucionalidade" de uma lei pelo Pleno do Tribunal de Justiça, mediante o *quorum* de dois terços, todas as câmaras dos Tribunal estarão obrigadas a seguir aquele "precedente", estando "desobrigados", inclusive, de suscitar o incidente de inconstitucionalidade. Enquanto isso, qualquer juiz de Direito poderá deixar de aplicar uma norma, no mesmo controle difuso de constitucionalidade, sob o argumento de sua inconstitucionalidade. Ou seja, um juiz terá mais poderes que um órgão fracionário de um Tribunal de Justiça de segunda instância. Daí sua flagrante inconstitucionalidade formal e material.

Urge, sem dúvida, que os dispositivos que se choquem com tal desiderato sejam questionados. Vale registrar, ainda, a inconstitucional previsão de instrumentos tipicamente processuais nos regimentos internos de todos os tribunais brasileiros, como o Agravo Regimental,¹³ que não está previsto no Código de Processo Civil, e que, portanto, não poderia ser criado por simples edição de regimento interno.

5.4 - A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993: A FRACASSADA TENTATIVA DE ATRIBUIR VINCULANTE A JURISPRUDÊNCIA E AS SUMULAS

¹³ Os recursos são previstos sempre por lei federal, em *numerus clausus*. São hipóteses fechadas, não sendo admitido recurso não previsto em lei. Nesse sentido, ver Pinto, *op.cit.*, p.88 e segs. Não se deve olvidar que o artigo 22, I, da Constituição Federal, diz que compete privativamente à União legislar sobre Direito processual. Porém, o artigo 24, XI concede aos Estados e ao Distrito Federal competência para, concorrentemente com a União, legislar sobre procedimentos em matéria recursal. Surge, aí, a questão de se saber se a matéria atinente à criação de recursos é processo ou procedimento. Para Pinto, *ibidem*, qualquer critério a ser adotado para fazer a distinção não poderá fugir de uma premissa básica: **tudo o que diz com a estrutura fundamental do processo civil, e que pode implicar direta ou indiretamente com a Direito material, deverá engajar-se na definição de processo e, portanto, ser da competência privativa da União. Assim, parece claro que a matéria recursal insere-se nesse rol de pontos estruturais do processo civil. É, pois, matéria processual e não procedimental. Em consequência, somente a lei federal, além da Constituição, poderá criar ou extinguir recursos.**

Tamanho é a relevância que as Súmulas assumiram no imaginário jurídico brasileiro que dezenas de parlamentares (deputados e senadores) assinaram emenda revisional visando estabelecer efeito vinculante às Súmulas emanadas dos tribunais superiores. Com efeito, depois de várias tentativas fracassadas de dar às Súmulas força de lei, sendo a última por ocasião da votação do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, de autoria de Alfredo Buzaid, o tema da vinculariedade da jurisprudência voltou à tona com enorme intensidade.

A emenda constitucional que se pretendeu aprovar, cujo mérito mereceu parecer favorável do relator deputado Nelson Jobim, estava assim vazada:

"Art. Os tribunais superiores poderão, de ofício ou por provocação, mediante decisão de três quintos dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário sujeitos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento.

Parágrafo único. A aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderão ser feitos mediante provocação dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais de Justiça, do Procurador-Geral da República, do Advogado Geral da União, de Procurador-Geral da Justiça, de Procurador-Geral ou Advogado-Geral do Estado e do

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil".¹⁴(grifei)

De acordo com o Deputado Nelson Jobim (1994, p.34), maior defensor da alteração no âmbito da Revisão Constitucional, da qual foi relator, "nesse artigo reside, em nosso ver, aquela que é a mais profunda mudança sugerida quanto ao Poder Judiciário - a atribuição de caráter vinculante às súmulas editadas pelos tribunais superiores". Dizia ainda, em seu parecer a favor da aprovação da matéria, que o sistema em vigor - cujas origens mais recentes estavam no trabalho do Ministro Victor Nunes Leal - necessitava ser aperfeiçoado: "Faz-se necessário darmos um passo adiante na obra do citado Ministro, conferindo às súmulas dos tribunais superiores caráter de obrigatoriedade, de modo a buscar verdadeira uniformização dos julgados, e também o condicionamento das ações administrativas do Poder Público".

As mudanças, porém, não paravam por aí. Ao lado do estabelecimento do caráter cogente às súmulas, outra alteração de fundo era tentada. Com efeito, o artigo 103 da Constituição Federal passaria a ter um terceiro parágrafo, com a seguinte redação:

" 3º Lei, cuja iniciativa é facultada ao Supremo Tribunal Federal, poderá outorgar a

¹⁴ Cfe. Anais da Revisão da Constituição Federal. Parecer do relator Nelson Jobim nº 30, p.53.

outras decisões de mérito do próprio Tribunal **eficácia contra todos**, bem como dispor sobre o **efeito vinculante** dessas decisões para os órgãos e agentes públicos".(grifei)

Na mesma linha, alargando o disposto no recém introduzido parágrafo segundo do artigo 102 (EC nº 3, de 17.3.93), o relator da revisão deu parecer favorável à seguinte proposta revisional:

"Art.102.(...)

2º As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações referidas na alínea "a" do inciso I deste artigo, serão publicadas no Diário Oficial, **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".(grifei)

A defesa da tese da força cogente das Súmulas esteve sustentada, basicamente, no âmbito do processo revisional, em especial no Direito alemão, no qual o "efeito vinculante" tem os seguintes predicados:

1- Os órgãos estatais que integraram o processo no qual foi proferida a decisão estão, nos termos do 31, I, obrigados a observar e a executar o julgado, devendo empreender todas as medidas necessárias ao restabelecimento de um estado de legitimidade(imperativo de revogação e de anulação: *Gebot*

der Selbstaufhebung und Rückabwicklung), exigências tais que não decorrem diretamente da coisa julgada material.¹⁵

2. Eles estão vinculados, de igual forma, à orientação que o tribunal estabelecer para o futuro, decorrendo, do efeito vinculante, uma proibição de reiteração da conduta (*Wiederholungsverbot*).¹⁶

3. Portanto, se a parte dispositiva contiver expressa censura a uma ação legislativa ou administrativa dos órgãos constitucionais, ficam eles obrigados não só a afastar a lesão, como também a evitar que ela se repita. Identifica-se, aqui, um dever de abstenção (*Unterlassungspflicht*). Ao contrário, se a decisão exigir uma conduta ativa, deve então o órgão estatal atuar com vistas a sanear a situação ilegítima.¹⁷

Já para os não-participes do processo, o efeito vinculante do Direito germânico acarreta as seguintes conseqüências:

¹⁵ Cfe. Pestalozza, 1982, p.321. Apud Jobin, parecer, op cit., p.42.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Cfe. Maunz, 1985, 31, I, nº 24.

1. Ainda que não tenham integrado o processo, os órgãos constitucionais estão obrigados a tomar as necessárias providências para o desfazimento do estado de ilegitimidade.

2. Declarada a inconstitucionalidade de uma lei estadual, ficam os órgãos constitucionais de outros Estados, nos quais vigem leis de teor idêntico, obrigados a revogar ou a modificar os referidos textos legislativos.¹⁸

3. Também os órgãos não-partícipes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão prolatada, sendo-lhes vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* (proibição de reiteração em sentido lato: *Wiederholungsverbot im weiterem Sinne oder Nachmachungsverbot*).¹⁹

Na discussão dos limites objetivos desse efeito vinculante, discutiu-se, no seio do processo revisional, se este estaria restrito à parte dispositiva da decisão ou se também poderia ser estendido aos fundamentos determinantes

¹⁸ Cfe. Maunz, op.cit., nº 25.

¹⁹ Cfe. Pestalozza, op.cit., p.323. É de ressaltar que a Lei do *Bundesverfassungsgericht* autoriza o Tribunal, no processo de *Verfassungsbeschwerde* (recurso constitucional), a incorporar a proibição de reiteração da medida considerada inconstitucional na parte dispositiva da decisão (95, I, 2). Apud ibidem.

ou o que se poderia chamar de argumentos lógicos necessários para a conclusão. Sempre ancorado no Direito germânico, Jobim (ibidem, p.43) defendeu o ponto de vista de que a segunda hipótese estaria mais correta, até porque a Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungswirkung*) como instituto mais amplo do que a coisa julgada, exatamente por tornar cogente não somente a parte dispositiva da decisão, mas também dos motivos determinantes para esta (*tragende Gründe*). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juizes e tribunais, estariam, desse modo, obrigados(vinculados) às assertivas abstratas (*abstrakte Rechtsaussagen*) da Corte Constitucional. A decisão, destarte, não resolveria apenas um caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro.

Aliás, antes mesmo da Revisão Constitucional, o deputado Roberto Campos, no ano de 1992, assim justificava a necessidade de se dar efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal: "Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por

aqui - Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes".

Dizia ainda o senador Campos que "a declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, à repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o Tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C (Christian Pestalozza, comentário ao 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) in Direito Processual Constitucional (*Verfassungsprozessrecht*), 2ª ed., Verlag C.H., Beck, München, 1982, p.170/171), que explica o efeito vinculante, suas consequências e a diferença entre ele e a eficácia, seja *inter partes* ou *erga omnes*). Estas propostas não só reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, mas também contribuem para a celeridade e economia processuais, na medida em que, com a decisão de um determinado caso e mediante a aplicação da

eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, propiciam solverem-se todas as questões semelhantes ou idênticas".²⁰

Da forma como foi proposto o efeito vinculante, pretenderam os parlamentares conferir eficácia adicional às decisões do Pretório Excelso, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Com efeito, os órgãos do Estado abrangidos pelo efeito vinculante deveriam passar a observar não apenas o que dizia a parte dispositiva, mas a norma abstrata que dela se extrairia. Nesse sentido, o relator fez rasgados elogios ao instituto da novel ação declaratória de constitucionalidade: "Com a positivação dos institutos da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade, deu-se um passo significativo no rumo da modernização e racionalização da atividade da jurisdição constitucional entre nós. Todavia, esse avanço ainda parece tímido diante da função institucional do Supremo Tribunal, que, como já referido, exerce entre nós as atribuições básicas de uma Corte Constitucional".²¹

²⁰ Essa proposta de emenda à Constituição do deputado Roberto Campos, que levou o número 130, foi assimilada pelo substitutivo do deputado Luiz Carlos Hauly, que viria a resultar na Emenda nº 3. Cumpre ressaltar que, na ocasião, somente foi aprovado o efeito vinculante para as ações declaratórias de constitucionalidade.

²¹ Cfe. Jobim, parecer op.cit, p.45.

Vê-se, pois, que os defensores da tese da vinculação da jurisprudência a todo o ordenamento embasaram sua pretensão na (fracassada) reforma constitucional mediante a modificação de vários dispositivos da Magna Carta. Atacaram, destarte, em várias frentes. Com efeito, não bastasse a possibilidade de os tribunais superiores editarem Súmulas com efeito vinculante e o poder de o Supremo Tribunal Federal conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculantes a suas decisões de mérito em ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, pretenderam, ainda, os revisionistas, cometer ao Supremo Tribunal a faculdade de, através de lei de iniciativa daquela Corte, outorgar a outras decisões de mérito eficácia contra todos e efeito vinculante dessas decisões para o restante da sociedade.

Na própria Alemanha, de onde surgiu o instituto aplicável aos processos de controle abstrato de normas (veja-se que no Brasil o efeito seria estendido ao julgamento de casos concretos), a doutrina constitucional não era unânime quanto ao significado da força de lei. Alguns afirmavam que, nesses casos, o Judiciário se investia de funções legislativas. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, deixou patente a possibilidade, no artigo 94, 92, que a lei federal poderia dispor sobre os casos em que as decisões da Corte Constitucional alemã seriam dotadas de eficácia *erga omnes* (*Gesetzeskraft*). Em continuação, a lei orgânica da

Corte Constitucional, editada em 1951, outorgou força de lei às decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto, nos processos destinados a verificar se determinada regra de Direito Internacional Público e parte integrante do Direito federal, nos processos sobre a subsistência de Direito preconstitucional como Direito federal, bem como nos processos de recursos constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), quando se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (32, 2). Convém frisar, também, que citada lei estabeleceu que as decisões da Corte vinculavam todos os órgãos constitucionais da União e Estados, bem como todos os tribunais e órgãos administrativos...

Outros ordenamentos também permitem que se dê efeito vinculante a determinadas decisões das cortes altas. Assim, a Constituição da Austria, na versão de 1929, estabeleceu que, declarada a inconstitucionalidade de lei pela Corte, ficam todos os tribunais e autoridades administrativas vinculados. A Constituição de Portugal traz a previsão no artigo 281, 1 e 3. Na Espanha, o artigo 164, I, dispõe que "as sentenças que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito revestem-se de plena eficácia geral". A Constituição mexicana prevê expressamente a possibilidade de uniformização de entendimento pela Suprema Corte, em

processo de "amparo", que vincula os demais tribunais (art.107, XIII).

Constata-se, de pronto, que, embora de fato uma série de outros países adotem o sistema de vinculação jurisprudencial, estes, na expressiva maioria, dizem respeito somente à matéria constitucional. No Brasil, a tentativa de vinculação atingiria, se aprovada emenda nesse sentido, qualquer matéria (infraconstitucional ou constitucional), aproximando-nos muito mais do modelo americano, onde, como já se viu, existe o instituto do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais inferiores à jurisprudência das cortes superiores.

Houve generalizados protestos da comunidade jurídica brasileira. O pensamento dos magistrados foi muito bem resumido pelo presidente em exercício da AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Cláudio Baldino Maciel, para quem a vinculação da jurisprudência (e das Súmulas) se constituiria em uma **"camisa de força que atingiria gravemente a autonomia do Poder Judiciário e tornando-o subserviente ao Poder Central. A relatoria propõe que o juiz do Diapoque e o juiz do Chuí deverão aplicar a lei a partir da concepção ditada por Brasília"**. Mais ainda, assevera, a proposta revisional "acaba com a essência da função jurisdicional porquanto a jurisprudência deixa de operar de baixo para cima, e passa a operar arbitrariamente,

autoritariamente, de cima para baixo". Finalmente, depois de acentuar que "as Súmulas terão o efeito de engessar o pensamento da magistratura nacional", conclui o citado magistrado com a pergunta: "Quais interesses estarão por detrás de tão grave fragilização do Poder Judiciário? "22

22 Ver Maciel, 1994, p.4.

6. CLASSIFICAÇÃO DAS SUMULAS E SUA IMPORTANCIA NO COTIDIANO DOS TRIBUNAIS

Não poderia iniciar este capítulo sem a feliz observação de Miguel Reale(1976, p.21-2), relativamente às Súmulas e o seu papel no nosso ordenamento jurídico. Para ele, "à medida que nossos tribunais recorrerem à formulação de Súmulas crescerá a responsabilidade dos juristas e advogados no sentido de que elas se convertam em modelos rígidos nem em sucedâneos de normas legais. A Súmula - poder-se-ia dizer numa linguagem figurada - marca o horizonte da compreensão do Direito, em determinado momento da experiência jurídica, mas, como toda linha do horizonte, ela deve se alterar à medida que avançam as conquistas da doutrina, graças à sua interpretação construtiva e renovada dos textos legais, cujo entendimento teórico-prático na Súmula se compendia".

Diz mais ainda, o emérito professor: "Num ordenamento, como é o nosso, que não é natureza costumeiro-jurisdicional, o transplante do *stare decisis* pode provocar rejeições pelo organismo nacional, cujos elementos

constitutivos se ordenam em função do primado da lei e da missão reveladora e atualizadora da doutrina, o que revela o grave erro do pseudolegislator constituinte de 1978 quando teve a infeliz idéia de atribuir ao Procurador-Geral da República competência para representar ao Supremo Tribunal Federal a fim de fixar a interpretação autêntica de uma lei. É, ao contrário, à luz de novos fatores que a tarefa crítica dos arestos, transcendendo os lindes de sua finalidade jurídica imediata, pode desempenhar um papel dos mais úteis também no plano da Política do Direito, uma das expressões mais significativas da vida cultural de um povo".

As Súmulas, como já visto, existem há mais de 20 anos. Conforme Alvim Pinto (idem, p.225), as Súmulas consistem em um resumo da jurisprudência predominante dos tribunais, expressando a interpretação da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões decididas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes. Representam a orientação pacífica de um tribunal, relativamente à interpretação de leis, quer de Direito material, quer de Direito processual, e às questões não tratadas especificamente pelo texto do Direito positivo. Atualmente, há mais de seiscentas Súmulas do Supremo Tribunal Federal em vigor, mais de cem do Superior Tribunal de Justiça e cerca de trezentas e cinquenta expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, onde são chamadas de Enunciados.

Existem, desse modo, Súmulas das mais variadas espécies. Para os efeitos deste trabalho, as Súmulas, incluídas aí os Enunciados da Justiça do Trabalho, são classificadas em quatro tipos. No primeiro grupo, embora raras, podem ser encontradas as Súmulas que dizem exatamente o que diz a lei; no segundo estão as mais numerosas, ou seja, as que são, verdadeiramente, uma forma de interpretar a lei; em terceiro, estão as que têm a função precípua de limitar as possibilidades de admissão dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. E, por último, pode-se encontrar as Súmulas que são flagrantemente contra lei e ou inconstitucionais. São, isto sim, Súmulas que criam Direito novo, à revelia das leis e da Constituição.

6.1. SUMULAS TAUTOLÓGICAS

Grande número de Súmulas - talvez a maioria - valem muito mais pelo fato de serem Súmulas do que pelo seu conteúdo. Esse fenômeno ocorre também no campo da jurisprudência não sumulada e na própria doutrina. Ou seja, para a "segurança jurídica", algumas obviedades devem ser ditas para evitar a demasia das redefinições interpretativas. Assim, à primeira vista pode surpreender, por exemplo, que a doutrina penal tenha que dizer, na

interpretação de uma qualificadora para o furto (art.155, 4º, III, CP), que "chave falsa é um instrumento, sob a forma de chave ou não, que se destina a abrir fechaduras", ou "Não podemos considerar falsa a chave verdadeira" e "Não se pode ler verdadeiro onde está escrito falso".¹ Tal controvérsia, por sinal, acabou no Supremo Tribunal Federal, que teve que intervir para firmar a seguinte pérola jurídica: "A chave verdadeira, retirada de onde estava guardada ou escondida, não pode ser considerada chave falsa".² Os manuais de Direito, que dominam o mercado da dita "prática jurídica", estão recheados desse tipo de *prêt-à-porter*.³ É bastante comum encontrar nos manuais definições que podem ser

1 Ver Jesus, 1993, p.474.

2 Cfe. RT 548/427.

3 França (1974, p. 189), denuncia o vício da militância judiciária que tem atuado maleficamente no próprio teor das decisões dos nossos juizes e tribunais. Acentua que há meio século, autores como Gianturco e Caldara já mostravam como isso era verdade na própria Itália, que sempre primou por ser um notável centro de cultura jurídica. O mesmo assinalava Cruet, com relação à França. No Brasil, continua o autor, "a situação, aos olhos do estudioso, passou a assumir proporções verdadeiramente alarmantes. De tal forma que deu azo mesmo ao aparecimento de uma nova modalidade de industria livresca - a dos repertórios de 'jurisprudência', calhamaços de venda certa, que locupletam as estandes de livrarias como de escritórios jurídicos.(...) O erro não está em consultá-los, se devidamente ponderados e relacionados com os altos princípios que a Doutrina, através dos séculos, conseguiu edificar e que constituem a própria garantia da estabilidade do Direito. O erro, sim, está na voracidade, revelada em razões e sentenças, com a qual, causídicos e magistrados, constantemente se atiram à mal posta mesa do banquete aresteiro, na afã de dar ao caso concreto a solução mais rápida, com menor possibilidade numérica de ser reformada".(grifei)

denominadas de "pequeno-lexicográficas", tais como, "agressão atual é a que está acontecendo e agressão iminente é a que está por acontecer".⁴ Daí que, em alguns casos, a matéria pode, em chegando aos tribunais superiores, uma vez provocado o incidente de unificação de jurisprudência, originar a edição de uma Súmula. é o caso, por exemplo, das Súmulas 266, do Supremo Tribunal Federal e 145, do extinto Tribunal Federal de Recursos.

6.1.1. Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal

Originária dos julgados nºs MS 9.077, em 24.1.62, RMS 9.973, em 30.7.62, MS 10.287, em 25.3.63 e RE 51.351, em 25.6.63, a Súmula 266 tem a seguinte redação:

"Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Seu conteúdo é o mesmo da lei: o artigo 1º da Lei Federal nº 1.533/51, que alude a violação ou a receio de sofrê-la, não deixando margem a dúvida. A ação de mandado de segurança, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, visa à proteção de direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas*

⁴ Cfe. Damásio, op.cit., p.88.

data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Também poderá ser impetrado para a proteção de direitos coletivos (inciso LXX), mas, nesse caso, a legitimidade ativa é deferida apenas a partido político com representação no Congresso Nacional (letra a) ou organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Portanto, a ação mandamental não se prestará, obviamente, como bem assinala Ferreira (1992, p.208), para interpretar texto de lei cujos efeitos não estejam concretizados ou em vias de ocorrer (mandado de segurança preventivo), vez que, nessas hipóteses, estar-se-ia apreciando lei em tese, cujo remédio só poderá ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, a, da Constituição Federal.

Segundo Meirelles (1988, p.13), "a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança, pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto, para expor-se à impetração". Nesse claro sentido, a decisão proferida pela

2ª Turma no julgamento do Agravo regimental nº 91.060, em que foi relator o Ministro Decio Miranda:

"Processual Civil. Mandado de segurança. Não se presta à obtenção de sentença preventiva genérica, aplicável a todos os casos futuros da mesma espécie".⁵

No mesmo sentido, há julgados asseverando não caber mandado de segurança contra dispositivo de lei que versa sobre "situações gerais ou impessoais"⁶ ou que "estabelece normas caracterizadas pela abstração e pela generalidade".⁷

Decisão basilar a respeito da matéria origina-se do Supremo Tribunal Federal, e está assim vazada:

"Sem dúvida, não se pode, através do mandado de segurança, declarar em abstrato a invalidade de

5 Nessa linha, ver RTJ 105/635.

6 Cfe. RTJ 111/184.

7 Para isso, consultar RTJ 121/959. Vê-se, pois, que, muito embora a clareza da lei e da própria Súmula, a controvérsia nos tribunais se relaciona com a interpretação do que seja ato normativo de efeitos concretos e atos configurativos de lei em tese. Assim, por exemplo, "a portaria ministerial, ao estabelecer - sob pena de sanções e sem possibilidade de recuperação do que for recolhido, o prazo dentro do qual deverá ser recolhida a contribuição, a forma de cálculo desta e que, se não efetuado dito recolhimento, será o quantitativo respectivo acrescido de correção monetária, juros e multa de mora, tornou concreta a exigência do pagamento respectivo, independentemente de atuação de qualquer autoridade, sendo cabível, conseqüentemente, a impugnação de tal exigência, ao fundamento de inconstitucionalidade das normas legais instituidoras da contribuição". (TFR-Pleno:RTFR 129/113, conheceram da impetração, por maioria).

determinada lei ou decreto-lei, por vício de inconstitucionalidade, com menosprezo à ação direta proposta pelo procurador-Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal. É oportuno ressaltar que ao ser aplicado o texto legal, surgindo uma situação concreta, poderá, então, ser levantada a arguição de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*. Outro raciocínio conduziria à substituição do remédio específico da apreciação da lei em tese pela especialíssima ação de mandado de segurança, que, inclusive, pressupõe lesão a direito subjetivo próprio, direito líquido e certo. Enfim, ato individualizado e não ato normativo".⁸

A mais recente aplicação da citada Súmula diz respeito a edição de Medida Provisória pelo Presidente da República. Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal que

"Não cabe mandado de segurança contra o Presidente da República, por ter editado medida provisória acoimada de ilegal, porque a medida provisória é lei em tese, aplicando-se, portanto, a Súmula 266 do STF".⁹

6.1.2. Súmula 145 do Tribunal Federal de Recursos

Originária do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 82.617-DF (DJ 18.10.78), 89.626-SP (DJ 12.12.80), 88.805-

⁸ Ver RDA 173/130.

⁹ Nesse sentido, RTJ 132/1.136.

SP(DJ 8.10.81), 97.365-RJ(DJ 16.09.82) e 99.007(3.06.83), dita Súmula ficou assim assentada:

"Extingue-se o processo de mandado de segurança, se o autor não promover, no prazo assinado, a citação do litisconsorte necessário".

Embora o tribunal prolator da Súmula em questão não mais exista, seu sucedâneo, o Superior Tribunal de Justiça, adota o mesmo entendimento sobre a matéria. Assim,

"Viola a lei federal o aresto proferido em mandado de segurança no qual não se convocou à relação jurídica processual o litisconsorte necessário.(...) na ocorrência de litisconsorte necessário, a citação independe de requerimento da parte, impondo-se sua determinação mesmo de ofício".**10**

Mais ainda:

"Em mandado de segurança, é obrigatória a citação da pessoa em favor de quem foi praticado o ato impugnado, para compor a relação processual, como litisconsorte necessário".**11**

Do cotejo com o artigo 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, percebe-se que a citada Súmula diz exatamente o que diz a lei, ou seja:

10 Nesse sentido, STJ-3ª Turma, RMS 597-SC, relator Ministro Waldemar Zveiter, j. 4.12.90, deram provimento, unânime, DJU 4.2.91, p.573.

11 Nesse sentido, STJ-3ª Turma, RMS 1.272-RJ, relator Ministro Dias Trindade, j.4.2.92, unânime, DJU 6.4.90.

"O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo".
(grifei)

Houvesse dúvida, o artigo 19 da Lei Federal nº 1533/51, que regula o procedimento do mandado de segurança, especifica que devem ser aplicadas ao mandado de segurança os artigos do Código de Processo Civil que regulam o litisconsórcio.

6.2. SUMULAS INTRA LEGEM

Em princípio, pode parecer redundante falar em Súmula interpretativa, pelo fato de que toda jurisprudência, mormente seu resultado mais sofisticado, é fruto de uma atividade interpretativa. Porém, para os limites e objetivos deste trabalho, essa especificação é necessária para fins metodológicos, para diferenciar os vários tipos de Súmulas existentes. Dito de outro modo, as Súmulas aqui consideradas como "meramente interpretativas" são as que assumem sua função calibradora dentro dos marcos formais do ordenamento jurídico.

Com efeito, tendo a precípua função de trazer a última (e definitiva) palavra dos tribunais superiores a respeito da interpretação de qualquer ato normativo (leis, decretos, portarias, etc), não se pode deixar de frisar que a Súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal. Tem ela um sentido dogmático. Na função que cumpre no sistema jurídico, ela não é, tão somente, a jurisprudência predominante. A Súmula, é, sim, a jurisprudência com um *plus* quase normativo. As controvérsias que se originam no interior do ordenamento jurídico, consideradas relevantes pelos tribunais superiores, mormente o Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, são transformadas em verbetes sumulares.

Nessa linha, para uma melhor compreensão do problema, é importante distinguir, como muito bem diz Vander Bastos (1992, p.222), a norma gerada pelos órgãos legislativos e executivos, com certeza representativos de interesses sociais, do Direito advindo da interpretação destas normas, em tese, ou de sua aplicação mecânica a diferentes casos semelhantes (ou não). A lei é criadora do Direito, desde que produzida dentro do balizamento fixado pela lei. Porém, no Brasil, a jurisprudência dos tribunais é interpretativa ou meramente aplicativa e, principalmente, não é fonte primária do Direito, mas, sim, secundária e subsidiária.

Nessa linha, o mesmo Vander Bastos (ibidem) adverte para o fato de que "a jurisprudência promana das leis e exprime o seu conhecimento aplicado, mas nem ao menos é determinante de novas condutas ou tem força vinculante entre as diferentes instâncias e tribunais. Nem mesmo as súmulas dos tribunais brasileiros são determinantes e de observação obrigatória pelos tribunais, muito embora possam ser razão e fundamento de recursos que buscam o reconhecimento do Direito ou o desfazimento de sentenças".

Tudo isso, enfim, tem relação (ou é consequência) com a exacerbada preocupação brasileira com a formalização jurisprudencial. O Código de Processo Civil, ao tratar da matéria, incentiva o processo de uniformização da jurisprudência, o que, conseqüentemente, vai fortalecer o papel interpretativo do juiz e permitirá que qualquer juiz suscite o prévio do tribunal sobre matéria que entender divergente. Daí, sem dúvida, a enorme quantidade de Súmulas editadas pelos mais diversos tribunais brasileiros. Decorre disso, também, a enorme pressão que os ditos "entendimentos sumulares" exercem no universo jurídico do País. A seguir, examina-se alguns deles.

6.2.1. Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal

A citada Súmula originou-se dos seguintes julgados: RE 41.407, em 4.8.59(RTJ 10/570), AR 537, em 114.8.61(RTJ 20/9), RE 50.046, em 5.4.63(DJ 11.7.63) e EAR 602, em 22.11.63(DJ 9.7.64), estando assim vazada:

"Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

O dispositivo interpretado é o inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil, que permite ação rescisória de sentença de mérito, transitada em julgado, se esta violou "literal disposição de lei". Uma das opiniões que influenciaram a criação da Súmula é do Ministro Barros Monteiro, proferido no Agravo regimental nº 826, de que foi relator:

"Se é certo que há opiniões no sentido de inexistir fundamento para afirmar-se que as divergências de interpretação não constituem violações de disposição literal de lei(v. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, 'Da Ação Rescisória dos Julgados', nº 70), contrariamente a essa inteligência manifestou-se o eminente professor e magistrado Nestor Diógenes, no seguinte trecho de sua monografia sobre a ação rescisória, invocada pelos réus:"Da simples circunstância de que os tribunais julguem, uma vez, de um modo e, posteriormente, de outro modo, a mesma questão jurídica, não se infere, ao certo, que se esteja em face do

direito de propor rescisória. Esse direito decorre necessariamente da circunstância referida. E a razão está clara: não é fenômeno excepcional, alarmante e atentatório fatalmente contra o direito, e por si só, o fato de divergir a jurisprudência. Demais, se a jurisprudência diverge, esta só ocorrência nada resolve relativamente à violação do direito em tese: tanto pode estar certa a primeira decisão como a segunda. O direito de propor ação rescisória se afere, por meio de elemento diverso do que se contém na arguição ora apreciada. E assim releva notar que não deve impressionar, para julgamento de semelhante espécie, a mera existência de uma decisão dada em sentido contrário àquela que se pretende rescindir".¹²

No mesmo sentido, já existia a Súmula 134, do extinto Tribunal Federal de Recursos, pela qual não era cabível ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora, posteriormente, se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor.

Na realidade, a Súmula tem uma abrangência bem maior do que se possa imaginar à primeira vista. Com efeito, aceitando-se a premissa de que a expressiva maioria das leis ou palavras das leis comportam mais do que uma interpretação, a Súmula 343 constitui-se em obstáculo quase intransponível à propositura de ação rescisória baseada no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil.

¹² Ver Ferreira, op.cit., p. 273.

Destarte, para negar seguimento à ação rescisória com fundamento na ofensa à literal disposição de lei, bastará que se apresente interpretação de outro tribunal(ou do mesmo), com entendimento em sentido contrário.

Por óbvio, existem desdobramentos dessa discussão. Se a sentença foi, por exemplo, flagrantemente injusta ou a prova foi mal examinada pelo juiz, ou, ainda, a interpretação da lei não foi a melhor dentre as existentes (ou possíveis), a jurisprudência, para conservar o controle (filtro) das ações rescisórias, assentou que "a injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória".¹³ Ou "justifica-se o *judicium rescindens*, (...) somente quando a lei tida por ofendida o foi em sua literalidade(...). Não o é ofendida, porém, dessa forma, quando o acórdão rescindendo, dentre as interpretações cabíveis, elege uma delas e a interpretação eleita não destoia da literalidade do texto de lei".¹⁴

É relevante registrar, ainda, que, embora antiga, a Súmula sob comento vem sendo aplicada reiteradamente pelo

¹³ Nessa linha, ver RTJ 125/928, RT 541/236, 623/68, RJTJESP 48/241, 48/245, 107/366, 115/214.

¹⁴ Nesse sentido, ver STJ-2ª Seção, AR 208-RJ, relator Ministro Nilson Naves, j. 11.3.92, unânime, DJU 13.4.92, p. 4.970.

Superior Tribunal de Justiça¹⁵, ao ponto de ficar assentado que "a afirmação da Súmula 343 é válida mesmo que, posteriormente, a jurisprudência se haja fixado em sentido oposto ao da decisão rescindenda".

6.2.2. Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal

Dos julgados RHC 43.740, de 9.11.66(RTJ 41/345), HC 43.791, de 14.3.67(RTJ 41/131), HC 45.097, de 15.3.68(DJ 24.5.68), RHC 45.288, de 3.6.68(RTJ 50/551) e RECr 66.058, de 11.3.69(RTJ 49/423), surgiu a Súmula 497, com o seguinte teor:

"Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".

¹⁵ Para tanto, consultar RSTJ 4/1.179, STJ-RT 656/186; 1ª Seção, AR 180-RJ, relator Ministro Carlos Veloso, j. 5.9.89, julgaram a ação improcedente, unânime, DJU 2.10.89, p.15.335, 2ª col., em.; 1ª Seção AR 72-SP, relator Ministro Miguel F. F. F. F., j. 26.9.89, julgaram a ação improcedente, por maioria, DJU 20.11.89, p.17.286, 2ª col., em.; 1ª Seção, AR 195-DF, relator Ministro Geraldo Sobral, j. 19.3.91, julgaram improcedente a ação, maioria, DJU 10.6.91, p.7.824, 2ª col., em.

O verbete sumular em tela veio para firmar interpretação acerca do disposto no parágrafo segundo do artigo 51 do Código Penal, parte geral de 1941, repetido pela nova Parte Geral editada em 1984, no caput do artigo 71, que dispõe:

"Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços".

Assim, a Súmula veio para firmar entendimento no sentido de que, para o cômputo da prescrição, previsto no artigo 110, do Código Penal, a pena paradigma para o cálculo dos prazos prescricionais não deveria ser a finalizada, mas, sim, a pena desindexada do respectivo aumento previsto na lei. Num dos últimos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação dessa Súmula, assim ficou assentado:

"Prescrição. Pretensão punitiva. Crime continuado. Súmula 497. - Transitada em julgado para a acusação a sentença condenatória, opera-se retroativamente a prescrição da própria pretensão punitiva, tomando-se como base a pena em concreto, quando se trata de crime continuado, sem o acréscimo decorrente da continuidade, nos

termos da Súmula 497. *Habeas corpus* concedido".¹⁶

Apesar disso firmado, surgiram várias dúvidas. Damásio de Jesus (1985, p.625) apresenta o seguinte exemplo: Suponha-se que alguém cometa dois crimes de furto qualificado ligados pelo nexó de continuidade. A pena mínima seria de dois anos e quatro meses de reclusão, perfectibilizando-se o prazo prescricional em oito anos. Porém, se não houve o nexó de continuidade (que veio para beneficiar o réu) e fosse ele submetido a duas ações penais, seria condenado a dois anos de reclusão em cada processo, com o que teria direito a prescrição passados apenas quatro anos. Como se vê, a figura do crime continuado, criado para favorecer o agente, nesse caso viria prejudicá-lo. Em vista disso, parte da jurisprudência se apercebeu dessa problemática - que a Súmula não consegue abarcar - entendendo que, no cálculo da pena concreta, para efeito da prescrição da pretensão executória, é necessário desintegrar do crime continuado e distribuí-la pelos delitos componentes, fazendo-se, então, incidir a prescrição sobre a pretensão estatal em relação a cada crime, considerado isoladamente, sem o acréscimo legal.

¹⁶ Cfe. LEX-Jurisp.STF 82/370.

6.2.3. Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal

Essa antiga Súmula do Supremo Tribunal Federal sobreviveu a própria edição do Código de Processo Civil de 1973, tendo o seguinte teor:

"Não cabe condenação em honorário de advogado na ação de mandado de segurança".¹⁷

A origem do debate encontra-se no ano de 1968, quando o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, discutiu o tema relativo aos honorários, no julgamento do RE 61.097, principal referência da Súmula 512. Um ano antes, o assunto foi também objeto de debate, em Turma, segundo acórdão publicado na RTJ 47/777, mas ali igualmente contribuiu para a solução da controvérsia a circunstância de se cuidar de caso anterior à Lei nº 4.632. Desses dois casos fora relator o Ministro Amaral Santos, para o qual, em seu voto vencido, "a verba advocatícia é devida ainda no processo de mandado de segurança, que, apesar de regulado por lei especial, submete-se às normas gerais do CPC". Contrariamente manifestou-se o Ministro Eloy da Rocha, em seu voto vencedor: "O princípio da sucumbência, consagrado no art.64 do CPC, com a redação da Lei 4.632, de 16.5.65,

¹⁷ Os julgados tidos como referenciais para a Súmula 512 são os seguintes: RE 61.097, em 12.9.68(RTJ 51/805); RMS 19.071, em 31.10.68(DJ 18.11.68); RE 66.843, em 11.4.69(DJ 23.5.69); RE 65.572, em 18.4.69(DJ 27.6.69).

vale nos processos regulados pelo CPC; não, em mandado de segurança, que é disciplinado por lei especial".¹⁸

Formou-se a corrente vencida com os votos dos Ministros Amaral Santos, Adauto Cardoso, Djaci Falcão e Aliomar Baleeiro. Conforme o Ministro Amaral Santos, o mandado de segurança é ação como qualquer outra; há relação processual, impondo-se a aplicação do artigo 64, eis que se requer, em qualquer processo, a condenação da parte vencida nos honorários de advogado da parte vencedora. A corrente vencedora contou com os votos dos Ministros Eloy da Rocha, Thompson Flores, Themístocles Cavalcanti, Osvaldo Trigueiro, Adalicio Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima e Victor Nunes. Em seu voto, o Ministro Eloy da Rocha, relator do processo, afirma que o CPC não se aplica subsidiariamente, salvo no tocante aos requisitos da petição inicial e ao litisconsórcio; deu particular relevo à natureza especial dessa ação; dificuldade de conceituar as partes, tendo-se em vista o sujeito passivo; quando indeferido, ninguém jamais se lembrou de condenar o impetrante; à semelhança do *habeas corpus*, o mandado de segurança é garantia constitucional, duas ações especiais, a que não se estendem quaisquer regras referentes à generalidade dos processos, em matéria civil ou penal. Além disso, lembrava o Min. Evandro Lins, os

¹⁸ Nesse sentido, voto do Ministro Nilson Naves, nos julgamentos dos embargos de divergência no RE 880-2 RS, DJU 21.3.94.

honorários podem "desestimular os requerimentos contra arbitrariedades e ilegalidades".¹⁹

Com a edição do Código de Processo Civil em 1973, decidiu o Supremo Tribunal Federal que a Súmula 512 continuava em pleno vigor, de acordo com vários julgamentos.²⁰

Passados tantos anos, a Súmula tem muitos seguidores no Judiciário²¹, no que tange à jurisprudência, e

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ver os julgados constantes nas RTJ's 81/640, 82/315, e 84/579. Confira-se o RE 86.655, tendo como relator o Ministro Xavier de Albuquerque: "Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança nos termos da Súmula 512, cuja prevalência não foi afetada pelo advento do novo Código de Processo Civil. Jurisprudência farta e reiterada das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Recurso extraordinário conhecido e provido". In RTJ 84/301.

²¹ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instância judiciária encarregada de interpretar o Direito federal infraconstitucional, é entendimento amplamente majoritário que a Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal ainda prevalece. Assim: RMS 215, Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 22.10.90; RMS 427, Ministro Armando Rollemberg, DJ de 11.3.91; REsp 2.125, Ministro Carlos Velloso, DJ de 30.4.90; Resp 27.879, Ministro José Cândido, DJ de 15.2.93; REsp 8.543, Ministro Pedro Acioli, DJ de 10.6.91; REsp 17.580, Ministro Américo Luz, DJ de 31.8.92; RMS 162, Ministro Pádua Ribeiro, DJ de 3.5.93; REsp 28.898, Ministro Flaquer Scartezini, DJ de 31.5.93; REsp 16.481, Ministro José de Jesus, DJ de 28.9.92; RMS 2.168, Ministro Edson Vidigal, DJ de 17.12.92; AGA 13.967, Ministro Helio Mosimann, DJ de 21.9.92; REsp 14.319, Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 30.3.92. Dissidentes e, por isso, minoritários, são os seguintes julgados: MS 1.317, Ministro Peçanha Martins, DJ de 14.9.92; REsp 17.124, Ministro Cesar Rocha, DJ de 15.2.93 e REsp 6.860, Ministro Gomes de Barros, DJ de

muitos adversários na doutrina²². Na jurisprudência, anotou Sérgio Ferraz (1991, p.132-133) que "de há muitos anos deixaram de surgir em nossos repositórios jurisprudenciais autorizados registro de decisões em contrário à Súmula 512". Tal atitude dos tribunais é elogiada por Naves (ibidem), que, para justificá-la, cita Savigny: "...quando os juizes de instância inferior se conformam com a jurisprudência duma magistratura mais elevada, não cedem apenas à autoridade, mas seguem o espírito do legislador, cuja sabedoria estabeleceu os diversos graus de jurisdição".

30.11.92. Deve-se ressaltar, por relevante, que toda vez que uma Turma do Superior Tribunal de Justiça discordar do entendimento sumular, a parte vencida pode interpor embargos de divergência, com o que prevalecerá a posição dominante, ou seja, a da plena vigência da Súmula 512.

22 A controvérsia existente na doutrina é bem resumida por Ferraz, 1991, p.132 e 133: "Com argumentos nem sempre coincidentes com os nossos, opinam em sufrágio à tese da Súmula 512 José de Moura Rocha (ob.cit., p.250 e segs), Emerson Sandim (Do mandado de segurança. Honorários advocatícios, Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 18/221-226), Bulhões de Carvalho (Honorários de advogado em mandado de segurança, RF 239/335-342) e Leonardo Greco (Natureza Jurídica do Mandado de Segurança, p.75). Maior, contudo, é o número de adeptos da corrente que critica o teor sumulado, cabendo referir Barbi (Do mandado de segurança, p. 244), Barbosa Moreira (Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado, RT 418/48-53), Adhemar Gomes da Silva (Sucumbência em mandado de segurança, RT 512/304-306), Rodolfo de Camargo Mancuso (Honorários advocatícios em mandado de segurança, RDP 77/110-121), Coqueijo Costa (ob.cit., p.97), Hely (Mandado de segurança, p.66) e Celso Bastos e Michel Temer (Contencioso administrativo, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo nº10, p.20 e ss.). A controvérsia doutrinária aqui retratada conge-se ao problema da verba honorária...".

Doutrinariamente, como visto, é majoritária a posição contrária à Súmula 512, o que deixa clara a capacidade de a dogmática jurídica rebelar-se, quando interessa, contra o assentamento de enunciados sumulares dos tribunais superiores. Ocorre que, no caso em pauta, a questão subjacente tem um nítido caráter corporativista, eis que, revertido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, passaria o Estado brasileiro, em seus diversos níveis, a pagar polpudas verbas advocatícias decorrentes de sucumbência em mandado de segurança. Louve-se, nesse aspecto, a posição do Superior Tribunal de Justiça, que resiste, de forma tenaz, à mudança no entendimento sobre o cabimento de honorários de advogado em mandado de segurança.²³

Dúvidas houvessem sobre o não cabimento de verba honorária em mandado de segurança, bastaria a invocação da natureza constitucional do *mandamus* (art. 5º, LXIX), que coloca no plano secundário outras considerações, tecidas para as ações de natureza comum, ou seja, estritamente fincadas no Código de Processo Civil. Tanto o mandado de

²³ Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, editou, recentemente, a Súmula 105, com o mesmo teor da Súmula 512, do Supremo Tribunal Federal, colocando, assim, nos limites das regras do jogo (instituídas e instituintes) da dogmática jurídica tradicional, um final na discussão. Trata-se, todavia, de uma Súmula tautológica, eis que diz, exatamente, o que já dizia a Súmula anterior sobre a mesma matéria.

segurança tem natureza especial que existe lei especial para disciplinar seu processamento.

6.3. SUMULAS EXTRA LEGEM

A evolução do Direito processual brasileiro permite comprovar que, em determinados momentos, o legislador se preocupou em ampliar e, em outros - e nesses, na maioria das vezes - em restringir a possibilidade de impetração de recursos às instâncias superiores, mormente ao último degrau em matéria infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, e ao definitivo degrau em matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal. É importante ressaltar que nosso sistema recursal decorre da correção de defeito de sistematização do anterior Código de Processo Civil, que permitia quantidade excessiva de recursos. O atual código processual reduziu em muito as possibilidades de revisão das decisões judiciais. Consagrou-se, assim, o princípio da unicidade ou unirrecorribilidade, através da previsão legal do recurso adequado para impugnação de cada espécie de decisão.²⁴

²⁴ Ver, para isso, Bomfim, 1992, p.14.

Relativamente à viabilidade excepcional da revisão da aplicação da lei federal, a Constituição de 1988 diminuiu a competência do Supremo Tribunal, deixando-o apenas com a competência para apreciação dos recursos extraordinários versando especificamente matéria constitucional. De frisar que, em face do congestionamento da Corte Maior, já em 1985, com a aprovação da Emenda Regimental nº 2, foi dificultado o acesso recursal, limitando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a hipóteses de cabimento de recurso extraordinário. Nos demais feitos - os que não figuravam no elenco das hipóteses previstas no Regimento Interno - o processamento ficou condicionado ao acolhimento da Arguição de Relevância da questão federal, em julgamento privativo do Supremo Tribunal Federal, realizado em Sessão Secreta de Conselho, com o objetivo de aferir os reflexos da causa, na ordem jurídica, e dos aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais que, para a corte, justificavam a apreciação do recurso.

A nova Constituição trouxe sensíveis modificações na área recursal, através da criação do Superior Tribunal de Justiça, com a função de controlar toda matéria infraconstitucional e unificar o Direito federal. Cabe a essa corte o julgamento do recurso especial, nas hipóteses previstas no artigo 105, III, da Constituição Federal. É bom lembrar que dezenas de Súmulas regulam tanto o modo de apreciação dos recursos especiais e extraordinários, como,

principalmente, o juízo de admissibilidade destes. Registre-se que muitas Súmulas que regulavam a matéria recursal no Supremo Tribunal foram simplesmente adaptadas para uso no Superior Tribunal de Justiça. Além disso, outras foram editadas, quase todas visando estabelecer restrições no campo da admissibilidade dos recursos. Algumas das Súmulas dessa ordem serão adiante examinadas.

6.3.1. Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça

Essa Súmula, editada pelo Superior Tribunal de Justiça em 28 de junho de 1990, é repetição da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, que se originou dos seguintes julgados: CT 3.713, em 30.1.1924 (Revista do STF 71/77 e DJ 9 abr. 1924) e Ag. 29.710, em 14.10.1963 (DJ 17 dez. 1963). Seu conteúdo é o seguinte:

"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Logo no início do funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Athos Gusmão Carneiro já se pronunciava a favor da aplicação da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal ao novo tribunal: "A Súmula 279 do Sumo

Pretório, no sentido de que *para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*, permanece, realmente, inteiramente aplicável quando do exame da admissibilidade do recurso especial, que recurso extraordinário é".²⁵

O dispositivo da Constituição Federal que regulamenta o recurso especial é de teor idêntico ao do que, na Constituição derrogada, regulava o recurso extraordinário. Assim, cabe recurso especial toda vez que um acórdão de tribunal inferior contrariar lei federal ou negar-lhe vigência, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal ou o acórdão der a lei federal interpretação divergente da que lhe fora atribuído outro tribunal (art.105,III, da CF).

Diante dessa redação, a questão posta pela dogmática jurídica se fixou na diferenciação entre questão de fato e questão de direito. Pinto (ibidem, p.137), citando Chiovenda, diz que questão de fato "consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos. Para o recurso especial, entretanto, só interessam questões de direito. "

²⁵ Cfe. RSTF 15/233. É de frisar que antes mesmo da edição dessa Súmula nº 7, o Superior Tribunal de Justiça assim já decidia: "O reexame da prova não harmoniza com a índole do RESp, a exemplo do que ocorria com o RE(STF, Súmula nº 279). Para tanto, ver Pinto, op.cit., p.137.

Não pode passar despercebido, ao largo dessa controvérsia, o teor do artigo 38 da Lei Federal nº 8.038/90, pelo qual o relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça negará seguimento a recurso que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo tribunal. Parece que o dispositivo, interpretado *a contrario sensu*, admite recursos que não contenham questões predominantemente de direito. Ou isso, ou seu conteúdo é totalmente irrelevante, em face do disposto nas Súmulas 7, do STJ, e 279, do STF, que não admitem, sob qualquer hipótese, exame de matéria de fato em sede de recurso especial.

Para demonstrar o forte aspecto limitador da citada Súmula, cuja tautologia com o artigo 38 da Lei nº 8.038 não vem sendo enfrentada pela dogmática jurídica, vale a pena trazer a lume alguns julgados que, pelo seu conteúdo, mostram o amplo poder de controle exercido pelos tribunais superiores nessa matéria, não somente através da edição de Súmulas, mas, também, pela posterior interpretação (e extensão) de seus enunciados. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, por exemplo, que a revisão do percentual dos honorários advocatícios fixados na instância inferior constitui reexame de prova, o que é vedado pela Súmula 7 desse Tribunal, conforme o seguinte acórdão:

"O acórdão recorrido decidiu corretamente a controvérsia, ao fixar os honorários de advogado, valendo-se do critério equitativo, com base, especificamente, nas provas trazidas aos autos, as quais não demonstraram exagerado esforço na sua produção, na forma preconizada pelo art. 20, 4º, do CPC. Portanto, fundou-se na simplicidade da matéria. Se os fixou certo ou não, é questão cujo deslinde impõe o reexame da matéria fática, dependente, portanto, da prova, defeso no âmbito do recurso especial".²⁶

Do mesmo modo decidiu aquela Corte quando se pretendeu o reexame de prova pericial:

"Deferida a perícia, porém, não logrando a recorrente êxito em provar a sua propriedade no imóvel reivindicando; incabível, no caso, ação rescisória, muito menos, ainda, o recurso especial, quando se pretende o reexame de prova, sob pressuposto de que não foi devidamente valorada ou ter havido erro do Magistrado na sua apreciação".²⁷

Em vista do rigorismo excessivo da citada Súmula e até dos excessos na sua aplicação, alguns ministros dos tribunais destinatários dos recursos tentaram contornar o problema, mediante a diferenciação do que seja "simples apreciação da prova" e a sua "valoração". Nesse sentido é parte do voto do Ministro Nilson Naves, para quem

²⁶ Ver, para isso, Recurso Especial nº 3.339 - Paraná, DJU 10.09.90. Apud Pinto, op.cit., 137 e 138.

²⁷ Cfe. Pinto, ibidem, p.138.

"Distingue-se entre apreciação da prova e valoração da prova. A primeira diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida; na segunda, apura-se se houve ou não a infração de algum princípio probatório".²⁸

Mesma linha argumentativa já tinha sido seguida pelo Ministro Rodrigues Alckmin, ao tentar elaborar uma explicação tendente a justificar a existência da Súmula e, ao mesmo tempo, amainar o rigor na sua aplicação:

"No tocante ao direito probatório, portanto, somente podem ser objeto de apreciação questões de direito. O chamado **erro na valoração da valorização das provas**, invocado para permitir o conhecimento de recurso extraordinário, somente pode ser o erro de direito, quanto ao valor da prova abstratamente considerado. Assim, se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao direito federal. Se a lei federal exclui baste certo meio de prova quanto a determinados atos jurídicos, acórdão que admita esse meio de prova excluído ofende à lei federal. Somente nesses casos há direito federal sobre prova, acaso, ofendido, a justificar a defesa do *ius constitutionis*.

Mas, quando, sem que a lei federal disponha sobre valor probante, em abstrato, de certos meios de prova, o julgado local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (**bem ou mal**) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal: pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao STF, sob color de "valorar a prova", reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ver como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma

²⁸ Cfe. Recurso especial nº 982-RJ, apud Oliveira, 1993, p. 26.

segunda solução, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa.

O Código de Processo Civil Português, em seu art. 722, nº 2, aliás, com o que cabe examinado, a título de apreciação de direito, de proteção ao *ius constitutionis*, no tocante a provas, diz: O erro na apreciação das provas e na fixação dos fatos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, isso havendo ofensa duma distinção expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do fato ou que fixe a força de determinado meio de prova".²⁹(grifei)

6.3.2. Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal

É a Súmula mais polêmica já editada pelo Supremo Tribunal Federal. Pela sua característica, poderia ser classificada, sem muito esforço, como sendo *contra legem*. Porém, para os fins deste trabalho, metodologicamente pareceu melhor que seja classificada no grupo que diz diretamente com a admissibilidade recursal de nosso sistema jurídico.

Originada do Ag.22.357, de 17.1.1961(DJ 25.6.1962), Ag. 29.843, de 20.8.1963(RTJ 30/317) e Ag. 30.500, de 21.11.1963(RTJ 31/406), tem a seguinte redação:

²⁹ Cfe. RTJ 86/558.

"Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra, a do art. 101, III, da Constituição Federal".

Começou a ser aplicada em 30 de abril de 1964, com a aprovação do Adendo que acrescentou trinta e quatro novos enunciados à primeira série de Súmulas oficializadas pela Corte, através da Emenda Regimental publicada em 30 de agosto de 1963. Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal impediu, até 1988, o conhecimento de recurso extraordinário de decisão que deu razoável interpretação à lei federal, **ainda que não tenha sido a melhor.**

O grande problema sempre foi - e continua sendo, eis que a Súmula passou a ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça - saber o que significa "razoável interpretação da lei, ainda que não seja a melhor...". Em julgamento realizado em 26 de agosto de 1988, o então Ministro Oscar Correa, do Supremo Tribunal Federal, alertava para o fato de

"...ao invés de se tornar remédio utilizado pela Corte para evitar aquele mal - do debate meramente acadêmico - se fez a solução salvadora para todas as questões nas quais, grassando interpretações diversas e contrárias e contraditórias - suscitadas (e sempre há quem as sustente) por duas ou mais correntes doutrinárias, ou apoiadas em decisões de Cortes, pretendesse o julgador eximir-se do dever de decidí-las na linha que lhe parecesse correta, exata, certa. **E passou a ser invocada nos despachos indeferitórios dos recursos extraordinários nos tribunais recorridos e estendeu-se, de tal forma, com**

seu manto de indefinição, inumeráveis questões às quais não se pretende dar definição una e definitiva"30.(grifei)

Tecendo duras críticas a essa Súmula, o Ministro dizia ainda que "a aplicação da Súmula 400 permite aos aplicadores essa fácil mobilidade: a de acolherem quando lhes parece que convém, dependendo da vez, da hora e da conveniência da aplicação."31

A Súmula 400 sofre sérias críticas por parte de setores da doutrina, embora continue sendo aplicada pelos tribunais recorridos e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Bomfim (1992, p. 77), porém, entende que "a própria previsão de uma regra técnica de admissibilidade é suficiente para enfraquecer, de certa forma, a consistência da maior crítica à Súmula 400: a que é feita no sentido de demonstrar que há uma conseqüente limitação à recorribilidade para o Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que só existe uma interpretação válida para a lei, o que é contrariado pelo critério da razoabilidade, que admite outra interpretação, ainda que não seja a melhor, quando à Corte cabe manter a uniformidade da lei federal".

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Francisco Assis Toledo (1992, p.129), tece fundamentadas

30 Cfe. Lex-Jurisprudência do STF, v. 125, p.31.

31 Ibidem.

críticas aos efeitos proporcionados pela Súmula, denunciando, inclusive, o afastamento dos tribunais da discussão de temas sociais relevantes, que ficam congelados pela aplicação da citada Súmula 400:

"-(...) a jurisprudência extremamente restritiva do Supremo Tribunal Federal quanto ao conhecimento do recurso já sofreu enorme modificação pelo só desaparecimento dos óbices regimentais, da exigência de relevância da questão federal e pela natural tendência de abrandamento do excessivo rigor formal na formulação do recurso, já verificada em certos julgados.

Além disso, a Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal(...), talvez a maior causa de certo afastamento da Suprema Corte de importantes questões polêmicas de direito material, no cível e no penal, deverá ser objeto de intensa discussão, sobretudo na área penal. Como sustentar que alguém deva continuar condenado por certo crime, mediante uma interpretação razoável de lei, quando a interpretação doutrinária, ou mais atualizada, levaria a uma solução mais favorável, com a desclassificação do crime ou mesmo a absolvição? (grifei)

O problema relacionado ao conceito do que seja "razoável interpretação da lei, ainda que não seja a melhor" assume proporções significativas quando os tribunais se defrontam com duas interpretações opostas da mesma lei, sendo ambas consideradas como razoáveis pelos tribunais recorridos, em nível de juízo de admissibilidade, mediante a aplicação da Súmula 400.

Duas decisões se tornaram célebres no Supremo Tribunal Federal. Uma delas tratava do seguinte caso³²: Em sede de embargos de divergência, o acórdão embargado considerou razoável o entendimento de instâncias ordinárias segundo o qual paga o imposto de renda pela alíquota privilegiada de 10% a sociedade civil para prestação de serviços profissionais, independentemente de saber se todos os sócios exerciam a profissão que constituía o fim da sociedade. Por sua vez, o acórdão apontado como divergente considerou igualmente razoável, mais que razoável, a interpretação contrária, isto é, a de que, para o gozo daquela prerrogativa, todos os sócios deviam exercer a profissão correspondente ao serviço prestado para a sociedade. Entre tais arestos, registra-se, pois, flagrante antagonismo: um sustenta que assiste direito à sociedade à alíquota privilegiada; outro assevera que a sociedade não tem direito a pagar o imposto com base nessa alíquota. Estava-se, assim, diante de interpretações divergentes, embora os respectivos acórdãos as definam como razoáveis. Diante disso, perguntava o Min. Antonio Neder:

"Onde se acha nisso o razoável? "

Ao que o Ministro Moreira Alves respondeu:

³² Cfe. RTJ 92/1129.

"-...quando declaro que uma interpretação é razoável, nem por isso estou declarando que outra interpretação, sobre o mesmo dispositivo, também não possa ser razoável. **A razoabilidade de uma não implica, necessariamente, a desarrazoabilidade da outra.** Ora, se as duas decisões, com base nos elementos constantes dos autos, consideraram que eram razoáveis decisões divergentes, não posso dizer que aquelas sejam contraditórias entre si. O que é contraditório entre si, são as conclusões, não do Supremo Tribunal Federal, mas dos tribunais das Instâncias Ordinárias. O STF não tomou partido na divergência, mas, apenas, ficou na declaração de que, pela Súmula 400, não podia conhecer dos recursos, por se tratar, em ambos os casos, de interpretação razoável".(grifei)

O Ministro Cordeiro Guerra, entrando na discussão, perguntou:

"-Mas, se as duas são antagônicas e ambas são razoáveis: qual a melhor?"

Em resposta, o Ministro Moreira Alves disse:

"-Quando entramos em divergência, a minha interpretação, para mim, é razoável. Uma terceira pessoa que declara que ambas as opiniões são razoáveis, não entra em contradição, pois não emitiu juízo sobre a veracidade - que esta, sim, é única - de qualquer delas".

Mais adiante, asseverou:

"- Cada uma das Turmas aplicou a mesma Súmula 400. Nenhuma delas entrou em divergência com a outra, porque duas interpretações contrárias podem ser razoáveis. **A verdade é uma só: a razoabilidade não.**"(grifei)

Depois de intensa discussão, o Supremo Tribunal Federal conheceu e recebeu os embargos de divergência. Mais tarde, em 16 de março de 1982, muda a orientação da segunda Turma da Corte, passando a não conhecer de embargos dessa natureza, prevalecendo, então, a posição do Ministro Moreira Alves, que esclareceu:

"- Sr. Presidente, com satisfação que, neste caso, se evidencia tinha eu razão, embora vencido, quando sustentei, no Plenário desta Corte, que, se uma Turma deste Tribunal considera razoável uma interpretação de uma certa lei, e a outra Turma, em outro caso, tem como razoável outra interpretação atribuída à mesma lei, não estão ambas as Turmas em divergência entre si, pois a razoabilidade, ao contrário da certeza, não se caracteriza por ser exclusiva, motivo porque interpretações diversas de um mesmo dispositivo legal podem ser, simultaneamente, razoáveis".(grifei)

Outro julgado importante é datado de 12 de junho de 1974, decidindo o Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do voto do Ministro Luiz Gallotti, proferido nos Embargos ao Recurso Extraordinário nº 75.952, que

"Podem considerar-se razoáveis duas interpretações opostas da mesma lei, sem que, com isso, exista contradição nas duas opiniões. Haveria, se aceitas as duas teses, como correspondendo à verdadeira ou melhor interpretação. Mesmo afastada essa objeção, porque aceitá-la seria permitir que duas decisões contraditórias da Justiça local

viesses a ser mantidas afinal pela Corte Suprema, os embargos não cabem, pois o caso presente é diverso do que foi julgado pelo acórdão trazido a confronto."33(grifei)

O jurista Seabra Fagundes, citado por Pinto (ibidem, p.157), ao comentar a Súmula 400, aponta, com propriedade, a invencível contradição existente, ignorada pela dogmática jurídica, afirmando que ela conflita com as razões que inspiraram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial, que supõem que só exista uma interpretação válida para a lei federal: "Constrange-se, pela exegese, a possibilidade de recorrer. Não se atentou em que o critério da razoabilidade, limitativo do recurso, no caso violação da lei, conflita com as razões que inspiraram a adoção do recurso por divergência jurisprudencial. Sim, porque este supõe que só exista **uma** interpretação válida para a lei federal. **E não duas ou mais, como o critério da razoabilidade necessariamente admite**".(grifei)

O Ministro Costa Leite (1991, p.193), do Superior Tribunal de Justiça, acentua que "na vereda aberta pela crítica de Seabra Fagundes, demonstrando a incompatibilidade do seu enunciado com a hipótese de cabimento do extraordinário pela letra c, penso que o Superior Tribunal de Justiça não deva adotá-la".

33 Cfe. RTJ 71/463.

Por sua vez, o Ministro Carlos Velloso, considera que a Súmula 400 é "contrária ao princípio do livre convencimento do juiz em matéria de interpretação de lei".³⁴

De qualquer sorte, embora as duras críticas que a Súmula tem sofrido nos quase trinta anos de vigência, continua sendo aplicada pelos tribunais recorridos e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de juízo de admissibilidade. Pela vagueza e ambigüidade de seu enunciado, tem ela servido para filtrar, ao bel prazer de quem faz o juízo de admissibilidade, o tipo de matéria que pode "subir" para exame na instância superior, como muito bem já denunciava o Min. Oscar Correa: a acolhem quando lhes parece que convém e não a aplicam quando lhes parece não conveniente, dependendo da vez, da hora e da conveniência da aplicação.³⁵

6.4. SUMULAS *CONTRA LEGEM* E INCONSTITUCIONAIS

Enquanto, como já se viu, algumas Súmulas se limitam a enfatizar o que a lei já diz, e outras têm a

³⁴ Cfe. RSTJ nº 3, p. 1087. Também no mesmo sentido, despacho do Ministro Gueiros Leite, no Agravo nº 5.474-RJ, DJU 05.11.90, p. 12.454. Apud Pinto, op.cit., 158.

³⁵ Para isso, consultar Ferreira, op.cit., p.316.

função interpretativa, incluídas aí, com certas especificidades, as que se destinam ao controle do sistema recursal, existe um determinado número de enunciados sumulares que extrapolam os limites do ordenamento jurídico, constituindo autênticas criações legislativas. Entre estas, podem ser destacadas as Súmulas 554, do Supremo Tribunal Federal, 330, do Superior Tribunal do Trabalho e 2, do Superior Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado a seguir.

6.4.1. Súmula 554 do Supremo Tribunal Federal

Esta Súmula tem a seguinte redação:

"O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal".³⁶

Imediatamente após a emissão da Súmula, fez-se a interpretação a *contrario sensu*, ou seja, a doutrina e a jurisprudência passaram a aceitar, pacificamente, que "se o

³⁶ Os seguintes julgados podem ser apontados como referenciais para a edição da Súmula 554: HC 50.935, em 27.4.1973(DJ 8 jun.1973); RHC 52.073, em 12.3.1974(DJ 5 abr. 1974); RHC 42.047, em 18.3.1974(DJ 6 maio 1974); RHC 53.604, em 5.8.2975(RTJ 75/732); RHC 53.599, em 12.8.1975(RTJ 75/437); HC 53 53.677, em 7.10.1975(DJ 21 nov. 1975); ReCr 83.356, em 10.2.1976(DJ 26 mar. 1976).

pagamento do cheque for efetuado antes do oferecimento da denúncia, será causa extintiva da punibilidade". Aparentemente a aplicação dessa Súmula não acarretaria qualquer problema, não fosse a circunstância - relevante - de o Código Penal não prever, entre as hipóteses de extinção de punibilidade, o ressarcimento do prejuízo à vítima antes do recebimento da peça acusatória.

Muito embora esse sério vício, a Súmula 554 continuou a ser aplicada sem contestação doutrinária e/ou jurisprudencial. Ocorre que, em 1984, foi editada a nova Parte Geral do Código Penal, que em seu artigo 16, trouxe a seguinte inovação:

"Art.16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços".

Não obstante esse claro antagonismo entre o conteúdo do artigo 16 do Código Penal, de edição posterior, que não tem o condão de extinguir a punibilidade, e o constante na Súmula 554, que regula a matéria em sentido diametralmente oposto, a jurisprudência e a maioria dos doutrinadores continuaram sustentando a validade do enunciado sumular.

Instado a se pronunciar sobre a matéria, após a edição da nova Parte Geral do Código Penal, o Supremo Tribunal Federal manteve a validade da Súmula, com a conseqüente inaplicabilidade da lei (art.16 CP):

" O artigo 16 do CP, aduzido pela Lei 7.209/84 e que cria um caso especial de redução da pena quando, nos crimes cometidos sem violência ou ameaça à pessoa, o dano seja reparado ou a coisa restituída, por ato voluntário do agente, até o recebimento da denúncia ou da queixa, não infirma a formulação da jurisprudência predominante do STF e consubstanciada nas Súmulas 246 e 554.(...) O advento do art. 16 da nova Parte Geral do CP não é incompatível com a aplicação das Súmulas 246 e 554, que devem ser entendidas complementarmente, aos casos em que se verifiquem os seus supostos.(...)"
"37

Essa decisão da Corte Maior reformou acórdão advindo do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu pela inaplicabilidade da Súmula 554. Da parte do julgado paulista, extrai-se:

"O art.16 do CP oferece uma boa oportunidade, uma boa razão para que se reveja o equívoco representado pela jurisprudência até aqui vigente e que o hábito, a comodidade e a lei do menor esforço vinham tornando razão de impunidade para mercedores de punição. Onde a lei não distingue, ao intérprete não é dado distinguir; e por isso (...) a reparação voluntária é simples causa de diminuição obrigatória da pena; não razão de destipificação para poucos.

Se o proceder do agente, no caso, foi doloso ou não, se foi consequência de uma época em que os turbilhões inflacionários geraram fatos muitas vezes não queridos, se não passou de descontrolo de conta bancária ou má previsão, tudo isso a instrução criminal é que haverá de elucidar. Mas, em tese, o emitir e pôr em circulação cheque sem fundos é crime, na medida em que isso acarreta vantagem para o agente, isso é indubitável.

Como, aliás, já o era, e como sempre foi, antes mesmo da edição da Lei 7.209/84. O art. 16 do CP serviu, tão-só, para que, doravante, se afastem construções pretorianas que gerem equívocos e decisões agrontantes da lei".³⁸

Essa posição do Tribunal de São Paulo foi respaldada por parte da doutrina, em autores como Damásio de Jesus (1993, p.545), para quem o pagamento do cheque sem fundos após a consumação não tem efeito de excluir o delito ou extinguir a punibilidade, não passando de circunstância atenuante genérica (Código Penal, art. 65, III, a) ou causa de redução de pena (art. 16). A conduta está na emissão fraudulenta; o resultado, que é duplo, na vantagem ilícita em prejuízo alheio. Isso porque, acentua o penalista paulista, os subtipos seguem os mesmos princípios da figura típica fundamental. Trata-se de crime instantâneo, em que o resultado ocorre em dado momento, não se prolongando no tempo. Diante disso, qualquer fato posterior não interfere na qualidade do crime.

³⁸Ibidem, p.378 e 379.

A tese dominante, porém, é a exposta anteriormente, no citado acórdão do Supremo Tribunal Federal, e é acatada pela maior parte da doutrina penal. Destarte, Delmanto (1986, p.16), sustenta a sobrevivência da Súmula 554 em relação ao sobrevivendo artigo 16, do Código Penal, asseverando que "permite a referida Súmula 554 que fique obstada a ação penal, caso seja pago, antes do recebimento da denúncia, o cheque emitido sem provisão de fundos. A nosso ver, ela contempla hipótese especial e seu fundamento é diverso. Partiu o entendimento sumulado da discussão sobre a natureza formal ou material do tipo do art.171, 2º, VI, do CP, e acabou por exigir o efetivo prejuízo da vítima como pressuposto à consumação. Assim, acreditamos que deverá a Súmula 554 continuar sendo aplicável à hipótese restrita que prevê, ficando o art.16 do CP para os demais casos".

Tão amplo sempre foi a aplicação da Súmula em questão, que, num caso isolado, o Supremo Tribunal Federal chegou a conceder ordem de *habeas corpus* mesmo após o recebimento da denúncia, conforme se depreende da ementa do HC 48.692(RTJ 59/373), relatado pelo Min. Djaci Falcão:

"Somente com o recebimento da denúncia é que tem início a ação penal. Desde que o pagamento do cheque se deu antes da instauração da ação, é de se conceder o *habeas corpus*, por falta de justa causa".³⁹

³⁹ Ver, para tanto, Ferreira, op.cit., p.420.

Percebe-se, assim, a magnitude do problema surgido no âmbito da dogmática jurídica, mormente pela ferrenha disposição dos tribunais no sentido da manutenção da Súmula 554. É relevante frisar que a discussão travada no seio da dogmática jurídica fica no nível da superficialidade. Em realidade, o que não é dito é que a Súmula 554 surgiu em virtude de dois fatores: o primeiro, diz respeito à própria peculiaridade política que envolve o crime previsto no art. 171, 2º, do Código Penal, ou seja, crime de estelionato por emissão de cheques em provisão de fundos, é um delito singular a um determinado segmento social que tem acesso às contas bancárias e, em consequência, talões de cheque. Afora, isso, ficando nos estritos da teoria dogmática-penal, não há como negar que tal figura penal seja tipicamente um delito formal, que se consuma pela simples emissão do cheque sem a suficiente provisão de fundos em poder do sacado. Com efeito, tanto o verbo transitivo **emitir** quanto o seu objeto direto **cheque** são palavras bem definidas na linguagem natural: emitir é pôr em circulação; cheque é um documento formal. Desse modo, no momento em que alguém efetuasse um pagamento por meio de cheque sem fundos, estaria consumada a infração penal.

Entretanto, a construção jurisprudencial foi, gradativamente, alterando o conceito desse delito pela redefinição dos termos *emitir* e *cheque*. Uma construção

jurisprudencial deslocou o momento consumativo do delito para a ocasião em que o cheque é apresentado à cobrança no banco sacado. Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência, editando a Súmula 554, no sentido de que deixa de existir o estelionato se o emitente honra o cheque até o momento da denúncia do Ministério Público.

O segundo fator pode ser debitado ao conteúdo do artigo 13, do Código Penal-Parte Geral de 1940 - pelo qual o "agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultante se produza, só responde pelos atos já praticados", o que era chamado de arrependimento eficaz. De qualquer sorte, em vista da contradição entre o texto sumular e a posterior lei penal (art.16,CP), cabe levantar algumas perplexidades, como:

1. Admitindo-se que o Poder Judiciário tenha competência para alterar o tipo de delito de fraude no pagamento de cheque sem fundos - fato que ocorreu, na prática - dever-se-á, forçosamente, por coerência, admitir que a tenha para fazê-lo em relação aos demais delitos. Daí, poder-se-ia estender o mesmo tratamento aos demais delitos de fraude previstos no capítulo e, por conseguinte, a todos os crimes contra o patrimônio. Consequentemente, concebendo-se que o Poder Judiciário, mediante Súmulas, possa "criar" novos casos de extinção de punibilidade, além dos já enumerados no artigo 107 do Código Penal, também fica abalada a tradicional separação dos poderes e, além do mais, não há

razão alguma para evitar que os juizes estendam o novo caso de extinção (Súmula 554) aos outros crimes contra o patrimônio previstos no Código.

2. Do exame do artigo 107, do Código Penal, fruto da Nova Parte Geral editada em 1984, percebe-se que, dentre as hipóteses ali elencadas como causas de extinção de punibilidade, **não consta o pagamento do cheque antes do recebimento da denúncia.**

3. Não se pode olvidar, ainda, que o pano de fundo é político. Pelo entendimento do que seja "bem jurídico", a Súmula 554 se afigura como absurda, na medida em que somente se aplica ao caso do cheque sem fundos. Ora, não há diferença alguma, analiticamente falando, no que concerne à distribuição dos títulos e capítulos no Código Penal, entre o delito de furto e o estelionato mediante emissão de cheque sem fundos. Ambos os tipos penais constam no Título II, denominado "dos crimes contra o patrimônio". Desse modo, cabe a seguinte indagação: por que não aplicar o mesmo critério do pagamento do cheque - que nada mais é do que o ressarcimento do prejuízo - à hipótese do furto, quando o prejuízo for ressarcido (devolução da *res furtiva* ou pagamento *stricto sensu*) pelo agente antes do recebimento da denúncia? Caso contrário estar-se-á diante da seguinte injustiça: Com a manutenção da Súmula 554, o estelionatário,

se pagar o cheque antes do recebimento da denúncia, não responderá pelo crime; porém, o autor de um pequeno furto, mesmo devolvendo a coisa furtada ou pagando o prejuízo, somente terá sua pena reduzida, nos termos do artigo 16, do Código Penal. Isso demonstra duas coisas: *primeiro*, que a redefinição dos textos legais tem seus limites na própria rigidez do sistema legal e na doutrina legitimada; *segundo*, que toda vez em que se abre ostensivamente uma nova linha de interpretação além desses limites, essa abertura pode provocar uma reação em cadeia que, por certo, repercutirá em outras áreas, ponho em risco a unidade do sistema e a assim denominada "segurança jurídica".⁴⁰

6.4.2. Súmula 2 do Superior Tribunal de Justiça

Sob pretexto de interpretar o *writ* constante no inciso LXXII do artigo 5º da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 2, com o seguinte teor:

"Não cabe o habeas data (CF, art.5º, LXXII, a) se não houve recusa de informações por parte da autoridade administrativa".⁴¹

⁴⁰ Para tanto, ver Brum, 1979.

⁴¹ A Súmula 2 tem como referência os seguintes julgados: HD-DF(1ªS 13.6.89 - DJ 28.8.89); HD 08-DF(1ª 13.6.89 - DJ 28.8.89); HD 05-DF(1ª S 27.6.89 - DJ 28.8.89); HD 02-

A Constituição Federal estabelece o direito ao *habeas data* da seguinte maneira:

"Art.5º - (...)

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Saindo de regime autoritário, no qual as liberdades democráticas foram suprimidas e a tutela da intimidade e à privacidade dos cidadãos foram maltratados pelo Estado brasileiro, o Constituinte de 1988 introduziu o novel instituto para conferir ao cidadão um meio de proteção ante a evoluída organização dos bancos de dados mantidos pelo Estado ou entidades de larga atuação no interior do tecido social.

A denominação *habeas data* não tem similar no Direito comparado, guardando, porém, relação com previsões

semelhantes na Constituição da Espanha, Portugal e da Suécia. Pela peculiaridade histórica de sua criação no Brasil, o *habeas data* trouxe o remédio constitucional "adequado para evitar-se que a manipulação de dados pessoais destrua a condição de respeitabilidade da pessoa, ensejando-lhe, além do conhecimento do teor desses registros, a possibilidade de redargüir e até corrigir o erro que ele contiver a respeito da verdade da pessoa".⁴²

Este é, pois, o perfil concebido para o *habeas data*. Veio para modificar a posição do homem, do cidadão, frente ao Estado. Veio para expungir velhas concepções. Pela primeira vez, uma Constituição brasileira instala em seu patamar vestibular - entre o preâmbulo e a organização estatal - princípios, direitos e garantias fundamentais.

Ignorando todo esse enfoque histórico e social⁴³, em cujo contexto foi concebido o *habeas data*, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 2, restringindo o direito do cidadão albergado no citado writ. Percebe-se, sem muito esforço, que a Súmula afrontou o texto constitucional. Mais do que isso, a Súmula 2 acrescentou uma espécie de parágrafo único ao inciso LXXII do artigo 59,

⁴² Cfe. Malerbi, 1989, p.32.

⁴³ Por ocasião dos trabalhos constituintes, Cândido Mendes pregava, com muita propriedade, "a necessidade inadiável de se sofrer aquilo que denominara de *raptó da alma*". Apud Malerbi, op.cit., p.13.

restringindo onde o próprio legislador constituinte não pretendeu restringir.

Com efeito, com a edição da Súmula 2, vedando a impetração do writ sem o esgotamento da instância administrativa, o Superior Tribunal de Justiça, de forma inconstitucional, **cria Direito novo como se legislador fosse**, ignorando, além disso, frontalmente, outro dispositivo constante no mesmo artigo 5º, da Magna Carta, pelo qual **"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"**(inciso XXXVI). Assim, estabeleceu-se inusitada situação, em que uma Súmula exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Vale ressaltar, ainda, o malferimento, pela Súmula 2, do inciso II, do artigo 5º, da Constituição federal, que estabelece que **"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"**.

Embora a matéria esteja hoje pacificada, com a obediência - que não surpreende - da Súmula em todo o território nacional - o que, aliás, produziu, na prática dos tribunais, o esvaziamento do instituto -, alguns autores insurgiram-se contra o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, entre eles Michel Temer (1989, p.212), para quem "não há como, em matéria de Direito individual, utilizar-se

de interpretação restritiva. Ela há de ser, nessa matéria, ampliativa". Greco Filho (1989, p.175) assevera que "a impetração não depende de prévio pedido administrativo. Mesmo no caso de retificação de dados prevista na alínea b do dispositivo constitucional, a providência prévia administrativa é facultativa(...)."

Para Ferreira Filho (1989, p.282) "uma reflexão mais atenta sobre a índole do instituto leva-nos à conclusão de que o percurso do caminho meramente administrativo é dispensável.(...) Daí porque a solução por certo mais correta é a da dispensa de qualquer provocação da instância administrativa".

De estranhar, por outro lado, a edição de Súmula de Direito constitucional por parte do Superior Tribunal de Justiça, cuja tarefa é a de interpretação e unificação de Direito federal (infraconstitucional). A Constituição de 1988 é clara ao reservar ao Supremo Tribunal Federal, com exclusividade, a tarefa de guardião da Constituição e da interpretação final do texto da Magna Carta. Daí a inconstitucionalidade da Súmula 2 também nesse aspecto.

6.4.3. Súmula 310 do Superior Tribunal do Trabalho

Em sessão do dia 17 de dezembro de 1993, o Superior Tribunal do Trabalho, aprovou a Súmula (internamente chamada de Enunciado), com o seguinte teor:

I) O artigo 89, inciso III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo Sindicato.

II) A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nºs 6.708, de 30.10.1979 e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3 de julho de 1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788.

III) A Lei 7.788/89, em seu artigo 89, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria.

IV) A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30 de julho de 1990 ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial.

V) Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente indentificados, pelo número da CTPS ou de qualquer documento de identidade;

VI) É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto.

VII) Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas

em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento".

VIII) Quando o Sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios."(grifei)

Esta Súmula foi editada tendo em vista o artigo 89, inciso III, da Constituição Federal, que tem a seguinte redação:

"é livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas".

Tudo porque, diante do texto constitucional acima, os sindicatos começaram a ingressar com ações coletivas na Justiça do Trabalho, utilizando o moderno instituto denominado de "substituição processual"⁴⁴, imbutido no

⁴⁴ Antes da Constituição de 1988, os sindicatos estavam autorizados ao ajuizamento de ações, na qualidade de substitutos processuais dos seus associados, nos casos previstos na CLT (ação de cumprimento de sentença normativa, para reajustes salariais - art.872; insalubridade e periculosidade - art. 195; reajustes salariais automáticos - Leis 7.708/79 e 7.238/84). Na Constituição de 1988, foi conquistada a importante autorização de defesa judicial e administrativa dos interesses e direitos de toda a categoria. A Lei 7.788/89 e, posteriormente, a Lei 8.073/90, reafirmaram a mesma orientação.

aludido dispositivo constitucional. Inicialmente, até a doutrina tida como mais conservadora, no campo do Direito constitucional, não opôs objeção ao conteúdo do artigo 89, III. Assim, Bastos e Gandra (1988, p.518), conhecidos pelo seu conservadorismo, escreveram, na interpretação do citado dispositivo da Nova Carta, que "os sindicatos têm também a função de defender interesses e direitos individuais de seus membros. Atuam em nome próprio, mas na defesa de outrem. São, processualmente falando, substitutos processuais".(grifei)

Entretanto, a Justiça do Trabalho passou a resistir à aplicação mais abrangente do artigo 89 da Constituição Federal, bem como ao artigo 39 da Lei nº 8.073/90. Pressionado pela avalanche de ações coletivas que os sindicatos patrocinaram em todo o país, atuando como substitutos processuais, principalmente para recuperar perdas decorrentes de malfadados planos econômicos, e pelo fato de juizes de primeira instância e alguns tribunais regionais chegarem a firmar entendimento no sentido de que a substituição processual para a defesa de interesses coletivos da categoria estava assegurada, o Tribunal Superior do Trabalho resolveu editar a Súmula 310.

Com efeito, de forma inconstitucional, já no item I do enunciado, o Tribunal Superior do Trabalho deixou assentado que "o artigo 89, inciso III, da Constituição da

República, não assegura a substituição processual pelo sindicato". A comunidade jurídica ficou perplexa, na medida em que, de tão clara que era a dicção do citado dispositivo, nem a doutrina constitucional ousava fazer tamanha redefinição.

É cediço no Direito processual que, quando alguém defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem, atua como substituto processual. Desse modo, o objetivo do legislador constituinte se dirigiu justamente para a defesa dos interesses dos trabalhadores, os quais, com a inovação, poderiam passar a pleitear seus direitos em juízo através do manto da proteção de seu sindicato. Desnecessário referir que, se um empregado decidir demandar contra seu empregador durante a relação empregatícia, imediatamente será despedido. Por isso, só busca seus direitos após o término da relação laboral. A inserção do inciso III do artigo 8º na Constituição foi festejada como uma conquista relevante pelos sindicatos de todo o país.

Ao tomar conhecimento da nova Súmula, o presidente da Comissão do Trabalho da Câmara dos Deputados, deputado Paulo Renato Paim, disse lamentar que "o TST tenha criado uma lei, que é atribuição exclusiva do Legislativo". Frisou, ainda, que "10 milhões de trabalhadores, representados por seus sindicatos em ações envolvendo perdas com planos econômicos, insalubridade e horas extras, serão

atingidos".⁴⁵ Para que se possa avaliar com mais detalhes o conflito político-ideológico subjacente à essa problemática, o coordenador das Relações do Trabalho da Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul-FIERGS, Deomedes Talini, elogiou a Súmula, por ela garantir o término dos "abusos praticados pelos sindicatos, que ingressam na Justiça em nome de funcionários que desconhecem ou discordam das ações".⁴⁶

Tamanho a vontade de restringir a atividade dos sindicatos e tamanho a pressa em achar a solução conveniente, que o Tribunal Superior do Trabalho, na construção da Súmula 310, incorreu em teratologia, quando, por exemplo, no item I, assevera que o inciso III do artigo 92 da Constituição não assegura a substituição processual aos sindicatos, e, no item V, acentua que, nas ações propostas pelo sindicato como substituto processual, os substituídos devem ser individualizados. Já no item VI, assegura aos "substituídos" o óbvio processual, qual seja, a de poder "integrar a lide como assistente litisconsorcial..."⁴⁷. No mesmo item, e de forma não menos teratológica, o TST "cria" norma de conteúdo processual, ao

⁴⁵ Consultar Correio do Povo, 23 maio 1993, p.1.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Com relação a esse item, é de se indagar ainda: se um trabalhador já consta no processo como substituído, por que razão desejaria ele passar a integrar a lide como litisconsorte?

permitir que o substituído processualmente possa acordar, transigir e até renunciar aos direitos na causa, sem necessitar da anuência do sindicato substituto.

Para arrematar, no item VIII, uma vez mais o Tribunal legisla, ao estabelecer que, quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.⁴⁸

Indagado a respeito do conteúdo da citada Súmula, o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, José Luiz Ferreira Prunes, acentuou que "o enunciado só disciplina as ações". Disse, ainda, que "não acreditava em crescimento do número de processos individuais, porque entende que mais de 50% dos trabalhadores não têm interesse em acionar as empresas". Indagado sobre a repercussão da Súmula na instância inferior (Juntas de Conciliação e Julgamento), respondeu que embora a súmula seja somente de orientação, estava convencido de que o magistrado não vai ignorá-la. E arrematou: "Isto seria uma bobagem. Em caso de recursos ao TST, as ações favoráveis aos

⁴⁸ Tão inusitada é a situação criada pela "determinação" desse item da Súmula 310, que, na prática, mesmo nos casos nos quais os trabalhadores autorizam, mediante assembleia geral, o desconto de parte do valor, a título de honorários advocatícios, por ocasião da liquidação da sentença, os tribunais estão entendendo que é vedado ao advogado receber honorários decorrentes da substituição. Ou seja, proíbe-se aos substituídos, vencedores de uma demanda trabalhista, de dispor de seu próprio patrimônio.

trabalhadores seriam liquidadas". Para evitar isso, o magistrado recomendou "bom senso" aos juizes das Juntas de Conciliação e Julgamento.⁴⁹

A Súmula em questão⁵⁰, afora seu caráter autoritário, deixa um rastro de ilegalidades e inconstitucionalidades, as quais, como se verá mais adiante, são de difícil solução, eis que Súmulas não são consideradas atos normativos e, portanto, são insuscetíveis de arguição de inconstitucionalidade.

Desse modo, se as dificuldades, no que tange ao âmbito constitucional, podem ser consideradas como aporéticas, mais difícil ainda se torna a discussão no plano da legalidade (infraconstitucionalidade), na medida em que eventuais insubordinações (não aplicações da Súmula) que

⁴⁹ Cfe. Correio do Povo, op.cit.

⁵⁰ Em informativo enviado a todos os sindicatos filiados, a CUT-Central Unica dos Trabalhadores assevera que "o enunciado 310 é o espelho do Judiciário Trabalhista hoje. Apegado à velha orientação corporativista e apoiado por 'novos' conceitos liberais, não sabe ao certo o que fazer nessa transição. Certo é que a Justiça do Trabalho nasceu com o modelo sindical corporativo. Este, como aquela, dá sinais de esclerose, apesar de resistir às mudanças propostas pelo chamado 'sindicalismo autêntico' ou 'novo sindicalismo', hoje representado largamente pela CUT (mudança nas relações coletivas de trabalho, controle coletivo, liberdade sindical). Os sindicatos, até hoje, não enfrentaram direta e abertamente o problema da Justiça do Trabalho. O enunciado 310, no entanto, coloca em evidência a necessidade e a urgência de se questionar os efeitos da presença do Judiciário Trabalhista e da manutenção da sua atual estrutura".

ocorrerem no interior do sistema serão resolvidas pelo próprio órgão prolator do enunciado sumular. É sobre isso que se refletirá a seguir.

7.0 PAPEL DAS SUMULAS NO DIREITO BRASILEIRO: CONTROLABILIDADE DIFUSA, FATOR NORMATIVO DE PODER E VIOLENCIA SIMBÓLICA

7.1. O DIREITO COMO SIMBOLISMO

O Direito, conforme a feliz conceituação de Warat (1994, p.29), "é uma instância do político." Isto é tão importante para o jusfilósofo argentino-brasileiro, que "nunca pode ser negado se nossos desejos se encaminham para a produção de uma forma social democrática. Não se podem materializar os sentidos de uma forma social democrática sem uma referência forçosa do Direito. Negando o papel simbólico do Direito, produz-se um estado de despolitização generalizada".

Assim, conclui Warat (ibidem), "o Direito cumpre a sua função de condição de sentido, se funciona como um mecanismo simbólico, negando-se simultaneamente, seu caráter legalista e cientificista, na medida em que, afastando-se dos pressupostos que predominam em sua *doxa* instituída como ciência, passa a fazer uma opção para a produção política

das significações, para um processo de autonomia, entendido como vínculo criativo com o outro".

Já para Cassirer (1977, p.53), é inegável que o pensamento simbólico e o comportamento simbólico figuram entre os traços mais característicos da vida humana e que todo o progresso da cultura humana se baseia em tais condições. Sem o simbolismo, a vida do homem seria semelhante à dos prisioneiros da caverna de Platão. Ficaria encerrada dentro dos limites de suas necessidades biológicas e de seus interesses práticos; não encontraria acesso ao "mundo ideal", que lhe descortina de todos os lados, a religião, a arte, a filosofia, a ciência. Portanto, conclui o autor, em lugar de definir o homem como um *animal rationale*, deveríamos defini-lo como um *animal symbolicum*.

Na mesma linha, é importante o pensamento de Castoriadis (1982, p.142), para quem tudo o que se apresenta no mundo social-histórico está, de forma indissociável, entrelaçado com o simbólico.¹ Não que se esgote no simbólico. Os atos reais, individuais ou coletivos - o trabalho, o consumo, a guerra, o amor, a natalidade - os inumeráveis produtos materiais sem os quais nenhuma sociedade poderia viver um só momento, não são, nem sempre,

¹ Ver, também, nesse sentido, Godelier (1981, p.187), para quem "há ideal por toda parte, o que não implica que tudo seja ideal no real (social)".

nem diretamente, símbolos. Mas, alerta o pensador greco-grancês, uns e outros são impossíveis fora de uma rede simbólica. Desse modo, as instituições não se reduzem ao simbólico, mas elas só podem existir no simbólico e são impossíveis fora de um simbólico em segundo grau, constituindo, cada qual, sua rede simbólica. Assim, uma organização dada da economia, um sistema de Direito, existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados. As sentenças de um tribunal são simbólicas e suas consequências o são quase que integralmente, até o gesto do carrasco que, real por excelência, é imediatamente também simbólico em outro nível.

Para Castoriadis (ibidem), na sociedade as coisas sociais são o que são através das significações que elas figuram, mediata ou imediatamente, direta ou indiretamente. A instituição da sociedade existe enquanto materialização de um magma de significações imaginárias sociais, traduzível por meio do simbólico. A relação dos agentes sociais com a realidade (que aparece) é intermediada por um mundo de significações.

Uma abordagem do Direito e seu funcionamento na sociedade não escapa desse enfoque. Com efeito, atento a essa problemática, Bourdieu, citado por Faria (1991, p.91), afirma que "a correta compreensão do funcionamento do Direito na sociedade contemporânea requer,

metodologicamente, um modelo analítico capaz de identificar as práticas linguísticas que, embora jamais explicitadas e até mesmo admitidas pelos juristas, exercem um papel fundamental na efetividade simbólica e na reprodução de uma ordem social e de suas respectivas instituições jurídicas."

O Direito, pois, para Bourdieu (1989, p.237), vem a ser "a forma por excelência do discurso atuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este". Mais ainda, diz que o Direito é a forma "por excelência do poder simbólico de nomeação que cria coisas nomeadas e, em particular, grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas."

Assim, para Bourdieu (ibidem, p.212), o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do Direito de dizer o Direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. é com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia do Direito, quer do efeito propriamente

simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas. Mais ainda, de modo diferente da hermenêutica literária ou filosófica, alerta o autor, a prática teórica de interpretação de textos jurídicos não tem nela própria sua finalidade; diretamente orientada para fins práticos, e adequada à determinação de efeitos práticos, ela mantém a sua eficácia à custa de uma restrição de sua autonomia. Desse modo, as divergências entre os "intérpretes autorizados" são necessariamente limitadas e a coexistência de uma pluralidade de normas jurídicas concorrentes está excluída por definição da ordem jurídica. Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial.

Como não é dado ao homem enfrentar imediatamente a realidade, em lugar de lidar com as próprias coisas, o homem, em certo sentido, conforme assevera Cassirer (ibidem, p.50), "está constantemente conversando consigo mesmo. Envolveu-se por tal maneira em formas lingüísticas, em imagens artísticas, em símbolos míticos ou em ritos religiosos, que não pode ver nem conhecer coisa alguma senão pela interposição desse meio artificial. Tanto na esfera teórica quanto na prática, a situação é a mesma. Nem mesmo nesta última vive o homem num mundo de fatos indisputáveis, ou de acordo com suas necessidades e desejos imediatos. Vive

antes no meio de emoções imaginárias, entre esperanças e temores, ilusões e desilusões, em seus sonhos e fantasias. O que perturba e alarma, diz Epíteto, não são as coisas, são suas opiniões e fantasias a respeito das coisas".

é impossível, destarte, essa comunicação direta, sem intermediações. De qualquer sorte, a idéia de que a língua dos deuses - que faria isso possível - é inacessível aos homens é antiga. Moisés era capaz de falar com Deus, mas precisava de Aarão para se comunicar com o povo. Na mitologia grega, Hermes era intermediário entre os deuses e os homens, de onde vem a palavra hermenêutica. A dogmática jurídica, através da hermenêutica, faz a lei falar aos homens. Como muito bem assevera Ferraz Jr (1989, p.280), a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o Direito que permite um controle de conseqüências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. O sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, "domesticado". Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por equidade, por analogia etc.), dando a impressão de que o intérprete está se guiando pelas exigências do próprio real concreto, o que se faz, na verdade, é guiar-se pelas próprias avaliações do sistema interpretado. E acentua o jusfilósofo paulista: "Esta astúcia da razão dogmática pôde-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de

distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis".

Pode-se falar, pois, de um espaço instituído. Para Bourdieu (ibidem, p.213), "por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. Assim, a concorrência entre os intérpretes está limitada pela circunstância de as decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força políticos na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos. Como a Igreja e a Escola, a Justiça organiza segundo uma estrita hierarquia não só as instâncias judiciais e os seus poderes, portanto, as suas decisões e as interpretações em que elas se apóiam, mas também as normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões.(...) é tanto menos difícil ao corpo de juristas convencer-se de que o Direito tem o seu fundamento nele próprio(...) quanto a *communis opinio doctorum*, com raízes na coesão social do corpo dos intérpretes, tenda a conferir a aparência de um fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica e à crença na visão

ordenada da ordem social por eles produzida". Porém, ao mesmo tempo que é um espaço instituído, é também instituinte. Essa dúplici função reforça a dimensão simbólica do Direito.

Diante desse cenário, pode-se perceber, no dizer de Faria (1988, p.34), através da abordagem estrutural da Ciência do Direito, um tipo de pensar jurídico altamente sistematizante e pouco criativo. Em termos ideológicos, esse pensar está impregnado pelo liberalismo político do século XIX e início deste século. Em termos metodológicos, a rígida estrutura lógico-formal da dogmática jurídica embotou sua percepção, por um lado impedindo-a de identificar a base histórica de seu aparelho conceitual e, por outro, atrelando a divisão intelectual do saber normativo aos inflexíveis critérios de hierarquização e classificação das leis e dos códigos. Lenta, porém gradual e firmemente, as abordagens funcionais têm procurado romper a rígida divisão intelectual do saber jurídico, abrindo caminho para os contradiscursos das teorias críticas. Ao acelerar a identificação das contradições do senso comum, realizando análises fragmentárias próprias de um processo de produção de um novo conhecimento científico, os contradiscursos intervêm decisivamente no pensamento dogmático, estimulando a revisão e mudança de seus pressupostos metodológicos e temáticos.

Como muito bem salienta Warat (1984, p.110), a falta de uma leitura ideológica no processo de decodificação das mensagens determina uma espécie de violência significativa, que recai sobre receptores ingênuos de visões alheias. A leitura ideológica sempre é, assim, um processo crítico de desmistificação. Trata-se de um processo que nos permite distinguir as intenções de justificação, disfarçadas de descrições indiscutíveis. É importante assinalar que, se a dogmática jurídica pretende descrever o Direito positivo em termos de pureza metodológica, entendendo por tal a mera descrição dos conteúdos normativos, à margem das valorações, sem tentar uma leitura ideológica, ela nunca vai alcançar um saber crítico do Direito; sempre vai servir à formação de juristas ingênuos que não têm capacidade de encontrar as armas jurídicas para lutar contra aquelas formas de reprodução valorativa que lhes pareçam lesivas em relação ao que possam considerar como atuais e legítimas necessidades de respeito para a condição humana.

Não é estranho, diante disso, conforme Faria (1984, p.248) que, aos olhos do usuário, o Direito se apresenta como um conglomerado de símbolos e ideais emotivamente importantes, no qual os anseios contraditórios aparecem como coerentes e seus princípios gerais induzem cada cidadão a admitir que todas as aspirações de todos os segmentos sociais estão legalmente protegidos. Como símbolo, continua, o Direito satisfaz a exigência popular

profundamente assentada, no sentido de que as instituições simbolizariam um harmonioso sonho dentro de cujos limites se destaca uma concepção de justiça com absoluta independência de pressões individuais.

Desse modo, para explicar o que é o Direito, na sua estrutura e no seu efeito social, deve-se retornar, além do estado da procura social e das condições sociais de possibilidade que ela oferece à "criação jurídica", a lógica própria do trabalho jurídico no que ele tem de mais específico, ou seja, a atividade de formalização, e os interesses sociais dos agentes formalizadores, tal como se definem na concorrência no seio do campo jurídico e na relação entre este campo e o campo do poder no seu conjunto.

É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o Direito ou de aplicá-lo deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder político e econômico da sociedade. Daí que, majoritariamente, a visão que estes têm do Direito prevalecerá. Daí que Bourdieu chama a atenção para o fato de que a eficácia do Direito tem a particularidade de se exercer para além do círculo daqueles que estão diretamente na sua órbita de atuação - chamados por ele de **antecipadamente convertidos**, em consequência da afinidade prática que os liga aos interesses e aos valores

inscritos nos textos jurídicos e nas atitudes éticas e políticas dos que estão encarregados de aplicá-los.

Fica claro, assim, que a pretensão da doutrina jurídica e do procedimento judicial à universalidade, que se realiza no trabalho de formalização, contribui para fundamentar a sua "universalidade" no campo prático, mas que tem profundo enraizamento simbólico. É próprio da eficácia simbólica, destarte, não poder exercer-se senão com a cumplicidade - tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo mais sutilmente extorquida - daqueles que a suportam. Forma por excelência do discurso legítimo, o Direito só pode exercer sua eficácia específica na medida em que obtém o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor do arbitrário que está na origem do seu funcionamento.

7.2. O PODER DE CONTROLABILIDADE DIFUSA DAS SUMULAS - UMA FORMA DE VIOLENCIA SIMBÓLICA

Interpretar a lei implica fixar o significado e seu alcance, determinando qual é a vontade expressa pela norma em conexão com as outras normas e em relação com as sempre renovadas exigências da vida econômica e social do país. Interpretar a lei implica, necessariamente, na tomada

de posição política em face do fato a ser enquadrado na norma. Como muito bem diz Warat (1979, p.93), interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e, por isso, persuasivas. Definições em que estão estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Definições, ainda, em que não se busca produzir um critério de uso para a expressão definida, mas antes um acordo ético sobre o conteúdo da definição emitida.

Assim, também o ato de aplicação da lei significa subsumir a uma ou a várias normas o fato concreto, determinando as conseqüências jurídicas que as mesmas normas atribuem a esse fato. A escolha das várias possibilidades interpretativas que o jurista fará vai depender de sua concepção de mundo, de suas aspirações, de sua formação ideológica. Existirão tantos caminhos exegeticos quantos os métodos de interpretação que serão usados para atingir o objetivo almejado pelo usuário. Nesse sentido, é imprescindível a lição de Warat(1994, p.19), para quem "existe um certo consenso nas reflexões em torno das práticas interpretativas do Direito. Poucas ousadas e muitas fantasias perfeitas recobrem as teorias sobre a interpretação da lei. Métodos ilusórios, enobrecidas crenças, despercebidos silêncios envolvem as práticas interpretativas dos juristas de ofício. Teorias e práticas

encarregadas de garantir a institucionalização da produção judicial da normatividade e seus efeitos de poder na comunidade. **Práticas, mitos e teorias refinadas que se ligam estreitamente aos processos de produção heterônoma da ordem simbólica da sociedade.** Usos complacentes da lei que guardam, como em cofres de sete chaves, os princípios de controle da produção dos discursos jurídicos. Uma discursividade enganosamente cristalina que escamoteia, em nome da verdade, da segurança e da justiça, a presença subterrânea de uma tecnologia da opressão e de uma microfísica conflitiva de ocultamento que vão configurando as relações de poder inscritas no discurso da lei".

Inseridos nesse contexto, de forma inexorável, os profissionais do Direito - operadores jurídicos *latu sensu* - desempenham suas atividades cotidianas argumentando. Isto significa, como ensina Warat (1994, p.93) que "a interpretação do Direito positivo que os mesmos realizam através de múltiplas atividades dos arrazoados das partes, das decisões judiciais, etc., procuram tornar-se verossímeis recorrendo a processos determinados de persuasão.(...) Não bastaria, assim, lembrar que os juristas e práticos do Direito argumentam enquanto criam teorias dogmáticas sobre o Direito positivo, ou redefinem, direta ou indiretamente, as palavras da lei; ou modulam esse Direito positivo seguindo a sentidos determinados através dos métodos interpretativos que constroem, ou, ainda, produzem silogismos falaciosos em

ordem a estabelecer uma conclusão inadequada em relação às premissas que sustentam."

Para esse desiderato, os operadores jurídicos tem à sua disposição, nesse contexto, um manancial de teorias, métodos de interpretação, doutrinas, e repertórios jurisprudenciais. São, enfim, no dizer de Ferraz Jr (1978, p.178), as diversas operações técnicas - legislação, regulamentos e jurisprudências - que em nada mais consistem do que em realçar o mesmo objeto, que se chama "o" Direito Brasileiro, "o" Direito Francês, "o" Direito Português. A conclusão, portanto, é que esta forma de trabalhar do jurista serve para obturar todas as eventuais saídas e assegurar aos outros cientistas que nada há a procurar fora disso. É neste contexto que se enquadra o papel exercido pela jurisprudência no nosso Direito, na sua forma mais sofisticada e acabada, que é a Súmula.

Com efeito, em nosso sistema jurídico, os precedentes jurisprudenciais - dos quais a Súmula é o corolário maior - exercem, dia a dia, maior influência no agir e pensar dos juristas. Essa influência não pode ser exagerada, sob pena de se impedir, de par com as mutações sociais, que o Direito evolua em harmonia com a evolução da própria vida, além de limitar-se a liberdade do juiz, vinculando-se sua ciência e sua consciência. Como bem assinala Barbosa Moreira (1974, p.12), "não se trata de

impor aos órgãos judicantes uma camisa-de-força, que lhes tolhesse o movimento em direção a novas maneiras de entender as regras jurídicas, sempre que a anteriormente adotada já não corresponda às necessidades cambiantes do convívio social. Trata-se, pura e simplesmente, de evitar, na medida do possível, que a sorte dos litigantes, e afinal a própria unidade do sistema jurídico vigente, fiquem na dependência exclusiva da distribuição do feito ou do recurso a este ou àquele órgão".

Na prática, porém, as Súmulas passaram a ter valor superior às próprias leis, sendo que, em muitos casos, muito além de serem interpretativas das normas vigentes, passam a ser, como já exposto anteriormente, fontes criadoras de leis, editadas contra às leis vigentes (Súmulas *contra legem*) e contra a Constituição Federal (Súmulas inconstitucional). Parece que a advertência de Barbosa Moreira, retro citada, perdeu espaço para a assertiva de Pontes de Miranda (1974, p.40), que lembrava que, embora uma Súmula não seja um "assento com força de lei", não se deveria retirar do texto do Código de 1973 a "criação de dever dos juizes das Turmas, das Câmaras e dos Grupos de Câmaras, de respeit^{ar} as decisões das maiorias absolutas, postas em Súmula. A expressão **precedente** na uniformização da jurisprudência de modo nenhum pode ser entendida como simples ocorrência sem eficácia. Outra expressão, **predominante**, que adjetiva a jurisprudência inserida em

Súmula, conforme o Regimento Interno do STF, revela que há eficácia, contra a qual só há de advertir fundamentação tal que leve a mudança de atitude por parte de nova maioria absoluta".

Embora o forte dissídio de opiniões sobre o caráter das Súmulas, não há dúvida de que, tanto no Direito brasileiro anterior, como no atual, o princípio dominante no que se refere à aplicação da lei é o da decisão segundo o livre convencimento do magistrado, atendendo os ditames da lei e, na sua omissão, dos princípios gerais do Direito, conforme previsão na Lei de Introdução do Código Civil(art.59) e Código de Processo Civil(art.126). Claro que a autoridade dos julgados de instâncias superiores sempre exerceram e exercem influência nos julgamentos das instâncias inferiores. Isso decorre do sistema de diversidade de instâncias. De fato, se a lei autoriza aos tribunais de instâncias superiores a reformarem as decisões oriundas das instâncias inferiores, é no próprio interesse das partes que, ao menos nos casos de jurisprudência firmada dentro dos quadros permitidos pelo ordenamento jurídico, os colegiados e os magistrados de instância subalterna ficam pouco tentados a ser originais. Mas exceções devem existir, para que não se crie aquilo que Borborema (ibidem, p.297) denomina de "inércia dos juizes, imutabilidade na jurisprudência e a abstração dos fundamentos legais da decisão".

Como já demonstrado, nosso sistema jurídico filia-se à "família" romano-germânica, no qual a influência dos precedentes jurisprudenciais reduz-se à advertência dos riscos a que estão sujeitos os comportamentos judicantes tidos, no âmbito do senso comum teórico dos juristas², como diferentes ou desviantes. Nesse sentido, é relevante lembrar que entre regras de Direito jurisprudencial e regras de Direito formuladas pelo legislador, existem duas importantes e fundamentais diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema jurídico, de uma e outras. A jurisprudência move-se dentro de quadros

2 Ver, nesse sentido, Warat(1979, p.17), para quem, em termos gerais, o senso comum teórico envolve todo o saber acumulado e toda a ideologia dos juristas, permitindo-lhes, desse modo, imprimir um caráter científico a seu discurso formal. Ou seja, é o conhecimento que difusamente se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O senso comum tem uma função normativa, à medida que, por meio dele, os juristas podem atribuir significados aos textos legais, estabelecendo critérios redefinitórios. Dessa maneira, as convicções difusas cumprem um duplo papel - o de dirigir as relações sociais e o de legitimar dos juristas. A segunda função é ideológica, uma vez que o senso comum torna homogêneos os valores sociais e jurídicos, cria uma cosmovisão social e do Direito, silenciando seu papel histórico, apresentando os deveres jurídicos como ética e socialmente necessários. Já a terceira função é retórica, no sentido de efetivá-la mediante um conjunto de argumentos para o raciocínio jurídico. A quarta função é política, pelo qual o saber acumulado assegura as relações de poder, ou seja, atribui significados aos textos legais, estabelecendo critérios redefinitórios. Dessa maneira, as convicções difusas cumprem um duplo papel: o de dirigir, permite apresentar os dispositivos do poder e os plurais, dispersos e dependentes de múltiplas tendências, como um conjunto unívoco e ordenado.

estabelecidos para o Direito pelo legislador, enquanto, por seu turno, a atividade do legislador visa, precisa e especialmente, estabelecer tais quadros. Daí que o alcance do Direito jurisprudencial é limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, nesse aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common law*. Ali, as "regras de Direito" estabelecidas pela jurisprudência, em segundo lugar, não têm a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir.

Brumbauch, citado por D.Re (ibidem, p.28), chama a atenção para a circunstância de que as decisões, no sistema de Direito jurisprudencial, não são proferidas com o objetivo de servirem de *precedent* no futuro, mas, antes disso, para resolver as disputas entre os litigantes. Sua utilização em casos posteriores é uma decorrência incidental.³ Uma decisão, conseqüentemente, extrai suas

³ Que uma decisão vinculativa surja apenas como resultado do litígio tem conduzido a críticas da doutrina dos precedentes. Allen, em *Law in the Making*, op.cit., p.313, assevera que nem constitui crítica inteiramente injusta afirmar que os precedentes tendem a fazer com que o desenvolvimento do Direito dependa de acidentes do processo litigioso. Pontos importantes podem permanecer obscuros simplesmente porque ninguém se interessou em questioná-los. Um julgamento errôneo pode permanecer e

peculiares qualidades de justiça, solidez e profundidade dos fatos e condições particulares do caso que ela pretendeu adjudicar. Em decorrência, para que essa qualidade possa ser transmitida com absoluta acuidade, torna-se às vezes necessário limitar expressamente sua aplicação ao peculiar conjunto de circunstâncias que lhe deram origem. Dai que, conclui o autor, "a autoridade do precedente depende e é limitada aos fatos e condições particulares do caso que o processo anterior pretendeu adjudicar".

É cediço que os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado criteriosamente para que seja determinado se existem similaridades de fato e de direito e para determinar a posição atual da corte com relação ao anterior. O precedente é estudado para determinar se o princípio nele deduzido constitui a fundamentação da decisão ou tão-somente o *dictum*. Apenas os fundamentos da decisão merecem reconhecimento e acatamento com força vinculativa. Um *dictum* é apenas uma observação. Não é, como tal, goza tão-somente de força persuasiva.⁴

adquirir autoridade imerecida, simplesmente porque a parte sucumbente deixa de recorrer — geralmente pela boa razão de que não pode mais arcar com o ônus do litígio.

4 A distinção entre os fundamentos de uma decisão e seus *dicta* é garantida pela natureza do sistema adversário que prevalece na *common law*. A razão para a distinção foi assim expressada por John Marshall: "Constitui máxima que não deve ser desconsiderada o fato de que as expressões gerais em qualquer decisão devam ser consideradas em relação ao caso no qual tais expressões são utilizadas.

A doutrina do *stare decisis* não exige, como se viu, obediência cega a decisões passadas.⁵ Ela permite que os tribunais se beneficiem da sabedoria do passado, mas rejeitam o que seja desarrazoado ou errôneo. Antes de qualquer coisa, é mister que o tribunal decida se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável. Logo, decidirá a extensão de tal aplicação. D.Re (ibidem, p.30) alerta para o fato de que, num sistema de *common law*, as discussões sobre o *stare decisis* frequentemente se

Se tiverem uma amplitude que exceda o caso, elas podem ser respeitadas, mas não devem controlar o julgamento em processo subsequente quando a questão propriamente dita for apresentada para decisão. A razão dessa máxima é óbvia. A questão que de fato está submetida ao juízo é cuidadosamente investigada e considerada em toda sua extensão. Outros princípios que podem servir para ilustrá-la são considerados na sua relação com o caso decidido, mas sua possível influência sobre todos os outros casos é raramente investigada em profundidade".Cfe. D.Re, op.cit., p.29.

- 5 A referência a um *corpus* de precedentes reconhecidos, que funcionam como um espaço de possibilidades em cujo interior a solução pode ser procurada, é o que fundamenta racionalmente uma decisão que pode inspirar-se, na realidade, em diversos, mas que ela faz aparecer como produto de uma aplicação neutra e objetiva de uma competência especificamente jurídica. Os precedentes são utilizados ora como instrumentos de racionalização, ora como razões determinantes. Também o mesmo precedente, construído de maneiras diferentes, pode ser invocado para justificar teses opostas, assim como a tradição jurídica oferece grande diversidade de precedentes e de interpretações, dentre os quais se pode escolher o que melhor se adapta ao caso. Por essas razões é preciso ter cuidado para não fazer do *stare decisis* uma espécie de postulado racional próprio para garantir a constância e a previsibilidade e, ainda, a objetividade das decisões judiciais (enquanto limitação posta ao arbítrio das decisões subjetivas). Nesse sentido, consultar Bourdieu, op.cit., p.231.

desenvolvem como se o sistema fosse idêntico ao que vigorava há alguns séculos. O sistema americano é um sistema de *common law* no qual os casos anteriormente decididos têm força de precedentes. Um novo elemento muito importante, no entanto, foi acrescentado ao conjunto de fontes a ser considerado pelo juiz em sua decisão. No passado, particularmente no campo do Direito privado, os juizes consultavam essencialmente os precedentes jurisprudenciais. Raramente os atos legislativos tinham influência sobre as decisões. O sistema de *common law* no mundo moderno, entretanto, precisa tomar em consideração a política legislativa expressa ou implícita numa multidão de dispositivos legais pertinentes.

Não se olvide, por outro lado, que a legislação pode direta e abruptamente alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra. Ao seu turno, os tribunais somente podem legislar, através dos precedentes, para preencher uma omissão ou lacuna na provisão legal. Nas palavras do juiz Holmes, da Suprema Corte americana: "Eu reconheço sem hesitação que os juizes legislam e que precisam fazê-lo, desde que o façam intersticialmente..."⁶

Dinamarco (1987, p.151) ilustra bem a questão da dicotomia jurisprudência *versus* legislação, ao dizer que as

⁶ Cfe. D.Re, op.cit., p.31.

peessoas devem saber do grande risco que correm, caso contem com situações jurídicas negadas pelos tribunais, em sua linha costumeira de julgamento; "saibam os juizes da provável reforma de seus julgamentos, caso prefiram linha diferente. Como já se disse da auctoritas do senado romano, **a força da jurisprudência é mais do que um conselho e menos que uma ordem**".

Dito de outro modo, a jurisprudência no sistema romano-germânico não constitui positivação de poder. Na realidade, sequer costuma ser vista desse ângulo, o que constitui manifestação de mau vezo de associar as coisas do processo ao Direito privado e esquecer-se de sua vinculação ao sistema político. Mas é inegável que na sentença o Direito se positiva, o que aliás, não é novidade, uma vez que, como muito bem já disse Kelsen, a sentença judicial é uma norma individual. Não tem a sentença o caráter de universalidade com que se dá a positivação através da lei. A positivação do Direito através da sentença refere-se, exclusivamente, ao caso concreto, ou seja, ao objeto do processo em que é proferida (*streitgegenstand*). Nesse sentido, é a lição de Dinamarco (*ibidem*, p.153 e 154), para quem a função jurisdicional não tem vocação à generalidade, que é reservada à lei.

Daí que entender terem as assim chamadas "jurisprudências dominantes", traduzidas formalmente através

das Súmulas, caráter vinculativo, ao ponto de lhe ser atribuídas validade até superior às leis em geral, é ignorar o tipo de sistema jurídico vigente no Brasil. Destarte, não é demais reforçar aquilo que já foi dito anteriormente, tal seja, de que somente nos sistemas jurídicos de Direito não escrito (família da *common law*), pode ser compreensível que, do julgamento de cada caso se extraia critério para julgamentos futuros. Certas sentenças, no sistema da *common law*, contêm uma *holding*, que é a parte em que enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro.⁷

Assim, e na medida em que - e isso parece óbvio - somente a lei tem força vinculativa no ordenamento jurídico em vigor no Brasil, toda vez que uma Súmula é esgrimida como

7 Excepcionalmente, pode ocorrer que, num dado país filiado à família romano-germânica, se torna obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linhas de precedentes. Assim, na Alemanha, a autoridade do precedente liga-se às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados na *Bundesgesetzblatt*. Ela liga-se, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional. A autoridade de precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça. O papel criador da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha, com a noção de *doctrina legal*. Admite-se, em virtude da lei, nesse País, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta violou a *doctrina legal*. De modo semelhante, considera-se, na Alemanha, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*ständige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes. Cfe. David e Jauffret-Spinozi, op. cit., p.156 e 157.

auto-suficiente/satisfatória como fundamentação da resolução jurídica apresentada, ocorre um equivocado entendimento a respeito do tipo de sistema jurídico adotado no País. As Súmulas, formalmente, têm somente o condão de indicar a orientação que os tribunais vem trilhando. Aliás, geralmente as Súmulas, como as assim chamadas jurisprudências pacíficas e dominantes, são citadas de forma descontextualizada, transformando-se em nada menos do que em *prêt-à-porter* significativos. Algo do tipo "legítima defesa não se mede milimetricamente...", ou "não cabe mandado de segurança contra lei em tese", que passam a ser usados para qualquer caso jurídico, sem que se indague, nem ao menos, a origem e o contexto do citado "precedente jurisprudencial".

A atitude da dogmática jurídica, nesse diapasão, em sua determinação de normativizar as condutas dos atores e operadores jurídicos e da própria sociedade, oculta a gênese de sua ação interessada. Impossibilita, assim, a instituição de uma razão comunicativa que elucide, em nível consensual, os efeitos da prática jurídica com o mundo das ações cotidianas, tornando a prática dos tribunais autoritária.

Como o Direito é constituído por elementos político-ideológicos desde suas origens históricas e sofrendo, cotidianamente influência das mutações das formações sociais, o advento de uma Súmula não deveria ter o condão de ilidir/tolher/aprisionar a atividade dos juristas.

A prática, porém, demonstra o contrário, ou seja, que a auto-suficiência sumular/jurisprudencial - fruto de uma uniformidade propiciada pelos tribunais superiores - desempenha uma função aglutinadora, calibradora e padronizadora.

Tal processo objetiva uma uniformização de sentido, que tem relação direta com um fator normativo de poder, o poder de violência simbólica. Conforme Bourdieu e Passeron (1977, p.19-20 e 24) e Ferraz Jr (1989, p.251), trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. O sentido desse poder não deve criar ilusões, pois não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é necessário que o receptor conserve suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, ou seja, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é, assim, neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não sejam relevantes e não devem ser levadas em consideração.⁸

⁸ A violência simbólica decorre, também, do fato de que a repressão não pode nunca se confessar como tal: ela tem sempre a necessidade de ser legitimada para exercer sem encontrar posição. Eis porque usará as bandeiras da manutenção da ordem social, da consciência moral

O poder de violência simbólica exercido pelas Súmulas sobre os juristas em sua prática cotidiana é resultado de uma situação que se pode chamar de controlabilidade difusa⁹ do sistema jurídico sobre os operadores do Direito. Esse controle difuso funciona como poder normativo.¹⁰ Essa característica de controlabilidade difusa pode ser vista, enfim, como uma espécie de *panóptico jurídico*. Em conseqüência, toda edição de Súmula corresponde à formação de um *arbitrário juridicamente prevalecente*.¹¹ A Súmula tem o poder de produzir sentido¹². Mais do que isso,

universal, do bem-estar e do progresso de todos os cidadãos. Ela se negará enquanto violência, visto que a violência é sempre a expressão da força nua e não da lei - e como fundar uma ordem a não ser sobre uma lei aceita e interiorizada? A relação de força vai então desaparecer enquanto tal será sempre coberta por uma armadura jurídica e ideológica. Cfe. Faria, 1988, p.125, e KATZ e KAHN, 1987.

- 9 A expressão é de Faria, op.cit., p.29, que diz que a uniformidade propiciada pelos tribunais superiores é produto de uma situação de "controlabilidade difusa" da atuação dos tribunais inferiores (ordinários).
- 10 Nesse sentido, é relevante o dizer de Etzioni, 1967, p. 94 e 95, para quem o poder normativo não é igual ao poder jurídico, mas é uma forma de controle específico e difuso, utilizada pelas camadas superiores para controlar as inferiores. Esse controle se caracteriza pela utilização de símbolos.
- 11 Parafrazeia-se, aqui, o dizer de Ferraz Jr, op.cit., p.251, que fala da formação de um arbitrário socialmente prevalecente.
- 12 Dizer o que é o poder, ninguém saberia fazê-lo melhor que Foucault, para quem "o poder não é uma instituição nem uma estrutura nem tampouco uma certa potência de que alguns estariam dotados: é o nome que se dá a uma situação estratégica complexa, numa dada sociedade." Como muito bem complementa Veron, essas estratégias não existem fora

a Súmula dita o sentido da norma jurídica¹³. A Súmula define e redefine sentidos jurídicos. Em tais (re)definições são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Trata-se, pois, de uma definição persuasiva. Como muito bem diz Warat (1994, p.35), as definições persuasivas supõem a realização de um processo

dos pacotes significantes que as transportam; não existem sem a embreagem, nas relações sociais, de inúmeros discursos que atravessam a sociedade; não existem sem o encaixamento de produções de sentido e de reconhecimentos de sentidos numa semiose que Peirce descreveu muito bem como infinita. Cfe. Veron, 1980, p. 199. Também é importante a análise de Correias, que diz que entre o sentido do discurso do Direito e o referente ou as relações sociais, "existe uma cesura absoluta". A conexão entre ambos vem a ser o que o jusfilósofo mexicano chama de "adjudicação", que é realizada pelo produtor do discurso. Cfe. Correias, 1993, p.143-172.

- 13 Alvim Pinto, op.cit., p.226, discorrendo sobre a função das Súmulas, diz que bastam 15 minutos, consultando apenas os índices de repertórios jurisprudenciais, que pode ser feita até de forma aleatória, para constatar inúmeras decisões dos tribunais baseados explicitamente em Súmulas. Como exemplo, traz à luz os acórdãos (encontrados, segundo ele, praticamente um a cada minuto da pesquisa). Os eles: Súmula 230 - EI 114.391 - JTACSP 70/323; Súmula 230 - Ap. 126.563 - JTACSP 73/323; Súmula 500 - Ap. 263.942 - JTACSP 62/117; Súmula 342 - AI 81.791 - JTACSP 61/187; Súmula 561 - AI 82.480 - JTACSP 61/189; Súmula 400 - Ap. 256.372 - RJTJSP 68/194; Súmula 160 - Rev. Crim. - RJTJSP 68/427; Súmula 339 - Ap. 285.470 - RJTJSP 68/119; Súmula 379 - Ap. 3.638-1 - TJTJSP 69/204; Súmula 490 - Ap. 285.328 - RJTJSP 69/151; Súmula 600 - Ap. 1.940-1 - RJTJSP 69/193; Súmula 343 - EI 268.755 - RJTJSP 70/230; Súmula 524 - HC 6.362-3 - RJTJSP 70/310; Súmula 597 - E. Div. 288.543 - RJTJSP 70/300. Do mesmo modo, relativamente ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tem-se, pelo índice da Revista de Jurisprudência nº 14, que trata dos volumes 131 a 140, que, somente em matéria cível, 71 acórdãos - logicamente entre os publicados - foram lastreados em Súmulas. Para tanto, ver RJTJRGS Índice 14.

redefinitório. As definições persuasivas têm a finalidade de "cobrir com um manto descritivo um desacordo valorativo, que fica encoberto pela utilização de uma definição com pretensões persuasivas". Assim, formular uma definição persuasiva, continua Warat, "é, portanto, recomendar uma idéia para mudar o significado descritivo de uma palavra sem mudar seu significado emotivo.(...) As expressões que proporcionam melhores definições persuasivas são os termos que os lingüistas chama de estereótipos".

Deve-se ter claro que as normas jurídicas, por estarem formuladas em linguagem natural, apresentam problemas de vagueza e polissemia. Para Warat (ibidem, p.36), alguns desses problemas são os mesmos que na linguagem natural são fruto de pura imprecisão lingüística. Muitas das imprecisões lingüísticas, entretanto, não surgem porque não se pode contar com critérios para atribuir sentido a um caso, senão que a falta de atribuição se deve a uma não-coincidência entre a linha de soluções que o caso genérico apresenta e a avaliação que o julgador faz para um caso. Desse modo, continua o autor, do ponto de vista de uma estrita legalidade, o caso pode ser naturalmente incluído em uma classe normativa; entretanto, aos olhos do julgador, essa inclusão pode parecer totalmente injusta. Normalmente, quando isso ocorre, o juiz ou Tribunal produz uma definição explicativa de caráter ideológico, apresentando como relevante outras conotações para a caracterização de algum

termo-chave incluído na norma, e decide com isto uma mudança na linha de soluções.

Nesse universo de possibilidades interpretativas (re)definitórias dos termos da lei, a Súmula é uma espécie de resultado final de uma definição explicativa, que passa a ter força prescritiva no âmbito do sistema jurídico.¹⁴ Desse modo, quando o Supremo Tribunal Federal edita uma Súmula, pode-se dizer que será norma constitucional aquilo que a Súmula determinar que seja, isto porque a Súmula é condição de validade das normas constitucionais às quais a Súmula se refere. *Mutatis mutandis*, não é temerário dizer, assim, que, em última *ratio*, a Súmula que versa sobre matéria

¹⁴ Tem-se em conta, naturalmente, que, como bem diz Rocha, a lei não possui um significado unívoco. Assim, é exatamente essa relação entre a lei e o saber jurídico que proporciona o seu significado. Por outro lado, continua o autor, são as práticas constituintes da materialidade institucional do estado que emprestam parte do conteúdo significativo das normas. Poder-se-ia dizer que se não se examina a materialidade institucional pouco se sabe sobre o sentido das normas. Mas, para evitar ingenuidades, deve-se ter claro o alerta que o autor faz, no sentido de que, à evidência, as significações jurídicas não provêm somente do estado, como se este fosse seu único emissor. As relações de poder/sentido atravessam o estado e, portanto, as normas jurídicas podem ter suas significações determinadas por conotações extra-estatais. Entretanto, o estado, na determinação do sentido das normas jurídicas, é o seu "topos" logotécnico dominante, o que justifica amplamente a utilização da categoria de emissor institucional numa análise preocupada com a apropriação do discurso jurídico da soberania pelo Estado. Aliás, conclui Rocha, é justamente a soberania do Estado que gera a sua competência discursiva. Cfe. Rocha, 1985, p.62.

constitucional é condição de sentido das normas constitucionais.

Pode-se dizer, nesse sentido, que o papel desempenhado pelas Súmulas - transformadas em *prêt-à-porter* significativos - objetiva a legitimação interna do sistema jurídico-político vigente. Para que esse processo tenha eficácia, o *establishment* jurídico busca uma sistematização jurisprudencial e uma coesão ideológica, cujos propósitos, em termos funcionais, mediante a produção sumular, podem ser especificados da seguinte maneira: assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico em vigor. Uma Súmula é, assim, mais do que condição de sentido, uma condição de validade das normas, pelo poder de controlabilidade difusa que exerce no interior do sistema; visa, também, propiciar as diretrizes gerais para a ação judicial e regular a atuação dos demais atores jurídicos envolvidos no processo. Os atores jurídicos ficam jungidos, destarte, ao que se denomina, no âmbito da dogmática jurídica, de "pacífico entendimento jurisprudencial", sacramentado pelo hermetismo sumular; orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei. Os tribunais inferiores e os juízes singulares terão, desde logo, fixados os limites e as diretrizes para sua atividade; busca, além disso, imunizar o sistema contra o risco de interpretação *contra legem*. Ou seja, como a lei é aquilo que o Judiciário diz que ela é, somente uma Súmula pode ser contrária à lei, porque a força

coercitiva do Direito não emana da lei, senão das práticas do Judiciário. O que a lei determina é a repartição do poder jurídico. A norma jurídica distribui o poder de criação dos sentidos jurídicos. A Súmula vem a ser a reserva final da produção de sentido da norma; controlar a consistência das decisões limitando as premissas hermenêuticas; oferecer os pontos de partida e de chegada para a argumentação jurídica de todos os operadores do Direito (juizes, promotores, advogados). Instaure-se, desse modo, uma espécie de leito procustiano¹⁵ para a atividade interpretativa; por último, objetiva estabilizar as expectativas da própria "clientela" dos tribunais a respeito do que é possível e do que não é possível. Daí a enorme quantidade de Súmulas que impedem o acesso das partes aos tribunais superiores, pela via recursal.¹⁶

¹⁵ Ver Mannoni, Octave. O divã de Procusto. In O divã de Procusto. Joyce McDougall e colaboradores. Trad. de Débora Regina Unikowski. Porto Alegre, Ed. Artes Médicas, 1991, p.11-21.

¹⁶ Ver, para tanto, Faria, Justiça e conflito, op.cit., p.28, que fala dos objetivos do sistema na elaboração de uma sistematização jurisprudencial e uma coesão ideológica. Para ele, a ordem institucional de caráter liberal-burguês alicerça-se em uma concepção de Direito como um sistema jurídico inequívoco, completo, capaz de desenvolver a partir de si próprio novos conceitos e novas categorias normativas para novas constelações de casos - o que faz com que a interpretação do Direito tenha um caráter estritamente cognitivo. Isto porque, aduz o professor paulista, os juizes somente teriam o trabalho de, com auxílio de um "método lógico", derivar por dedução a decisão relativa a um caso concreto do sistema de conceitos jurídicos. Desse modo, "rigorosamente vinculados a esse sistema, na medida em que são obrigados a tomar os conceitos da jurisprudência como base para a dedução das normas e para a subsunção de

Assim, na linha do entendimento de Faria (1991, p.28), sem uma visão de mundo amplamente partilhada pelos juizes, promotores e advogados de todas as instâncias e níveis de especialização - e as Súmulas justamente se destinam a esse desiderato - não haveria possibilidade, de a (e nos limites da) dogmática jurídica alcançar uma coerência hermenêutica. Sem ela, não haveria como forjar uma jurisprudência minimamente uniformizada, capaz de regularizar as atividades judiciais e de "calibrar" as possibilidades interpretativas admitidas numa "cadeia normativa". Mas, também, não haveria maneira de estabelecer a própria "unidade de sentido" de todo o sistema jurídico, globalmente considerado e vir a obter, desse modo, a previsibilidade, a calculabilidade e a segurança do Direito.

Parece que há um superdimensionamento nessa questão por parte da dogmática jurídica. Para isso é importante o alerta de Miedzianagora (1970, p.193), para quem não se pode reduzir o conjunto da jurisprudência - mesmo que se trate de um único país - a um modelo (fechado) de regras de interpretação que nos sejam propostos, nem a uma composição eclética operada a partir desses modelos: "a interpretação das leis tem lugar no quadro de um procedimento no curso do qual se exerce uma espécie de luta

fatos, os magistrados terminam desta maneira convertidos numa espécie de 'porta-vozes da lei'".

retórica controlada em certa medida pela Corte Suprema que impõe sua política jurídica". E para decifrá-la é necessário, sem dúvida, identificar a ideologia fundante dessa política, como produtora em última instância da interpretação ou da decisão judicial.

A dogmática jurídica sustenta a crença de que um problema pode ser encarado à luz de considerações de fatos (econômicos, etc.), mas também pode ser abordado a partir de considerações puramente jurídicas, que são, para ela, as garantias máximas para a objetividade e segurança. Ou seja, setores influentes da dogmática jurídica dominante acreditam que a superestrutura jurídica é o âmbito da segurança, que suas estruturas racionais são a cidadela que nos põe ao resguardo do caos fático. Para a dogmática positivista, as Súmulas são, desse modo, alguns (talvez o principal) dos canais "sagrados" que ajudarão, "de forma desideologizada", aos súditos (ou seja, a nós) a escapar do caos.

Nessa perspectiva, o imaginário gnosiológico dos juristas - que determina os dispositivos de poder do conhecimento, afastando de nossa inteligibilidade a consubstanciabilidade histórica das ações e significações - vai se sustentar no mito de uma consciência que pode, quando é trabalhada pela ciência, transformar-se em uma consciência desideologizada.

Devemos, no entanto, nos recusar a aceitar esse mito. O que se deve procurar demonstrar, para a viabilização de uma crítica consistente, é que o discurso dogmático sobre as Súmulas e sua inserção/importância no sistema jurídico, parafraseando Ferraz Jr (1978, p.181 e segs), não é um discurso meramente informativo, mas sim, eminentemente persuasivo, no sentido de que o emissor pretende que sua informação seja acreditada pelo receptor. Visa, pois, a despertar uma atitude de crença. Trata-se, então, de um discurso que intenta motivar condutas. A verdade entra no discurso persuasivo como um instrumento de motivação e não como pura informação. Mas, acrescenta o mesmo autor, ao pôr-se a serviço da motivação, corre o risco de encobrimento ideológico, que passa, então, a dominá-la.

Ainda, numa palavra, cabe ressaltar que as Súmulas são típicas manifestações de discursos monológicos,¹⁷ que, enquanto manifestações da dogmática jurídica, visam estabilizar os conflitos que chegam até o Poder Judiciário. A mi(s)tificação do uso das Súmulas - como já demonstrado - resulta na supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário

¹⁷ Conforme assevera Warat, o discurso monológico é uma fala já habitada, hermética: "O discurso monológico tem efeitos totalitários de poder, na medida em que põe em ação crenças que foram socializadas a partir de uma razão analítica, supostamente capaz de salvar o Eu-Social das indeterminações e ambivalências dos efeitos míticos de sentido." Cfe Warat, 1985, p.68.

coercitivo, no interior do qual os conflitos sociais são resolvidos através de *prêt-à-porter* significativos".

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, discorreu-se sobre as peculiaridades de cada um dos dois tipos de sistemas jurídicos, assim como acerca das especificidades dos vários países e seus respectivos ordenamentos jurídicos. Viu-se, em decorrência, que o Direito brasileiro, filiado ao sistema denominado de romano-germânico, caracteriza-se e balisa-se pelo primado da lei, que se encontra explicitado formalmente no artigo 59, inciso II, da Constituição Federal.

Dentre tantas diferenças entre os dois tipos de "famílias jurídicas", uma que mais chama a atenção é a inexistência nos ordenamentos dos países de *civil law* de algo semelhante à regra formal do *stare decisis*, ou seja, a possibilidade/obligatoriedade do vínculo dos precedentes jurisprudenciais. Alguns comparativistas têm entendido que esse é o elemento diferenciador fundamental dos sistemas de *civil law* em relação aos de *common law*. Autores como Goodhardt, citado por Cappelletti (1993, p.121), chegam a dizer, entre outras coisas, que "a doutrina da vinculação aos precedentes é tão importante a ponto de constituir o

elemento diferenciador fundamental do método inglês em relação ao método jurídico continental", uma diferença tão radical de modo a fazer com que "mesmo se o Direito inglês fosse codificado(...) continuaria a ser, fundamentalmente, diverso do Direito continental, em virtude da diferença dos dois sistemas quanto à eficácia das decisões judiciais".

Diante do que foi exposto até aqui, naquilo que interessa para os limites e objetivos do presente trabalho, é necessário reconhecer que, de um lado, a doutrina do *stare decisis* pode ser aplicada de maneira flexível - como acontece nos Estados Unidos, conforme já se viu, mormente em matéria constitucional - enquanto que na Grã-Bretanha a rigidez de sua aplicação também tem sido atenuada ultimamente, entre outros motivos, pela famosa declaração do Lord Chanceler que, falando no ano de 1966 pela unanimidade da *House of Lords*, afirmou o poder daquela Corte de alterar a própria jurisprudência.¹ Por outro lado, frise-se que também em determinados países filiados à família romano-germânica, a autoridade do precedente judiciário existe formalmente², como já demonstrado, além de outros, como é o caso do Brasil, em que tal autoridade ocorre de fato, sem

¹ Ver Cappelletti, 1993, p.122.

² A existência de "precedentes obrigatórios" no sistema de origem romano-germânica constitui exceção à regra e diz respeito a matéria estritamente constitucional julgada pela Suprema Corte de países como Alemanha, Espanha, Portugal, México, Argentina, Colômbia e Honduras.

previsão formal, mas de forma persuasiva, e, pora não vinculante.³

Chama a atenção, de qualquer sorte, o fato de que nos países de *civil law* há uma tendência de identificar o Direito com a lei, com a consequência de que, também em face da ausência de lei (lacuna legislativa), o juiz não faz senão aplicar a lei, colmatando a lacuna com o argumento da analogia ou a contrário da própria lei, ou dos princípios desta extraídos. Contrariamente, nos países filiados à *common law*, a lei, vista como Direito legislado, é tida como fonte excepcional do Direito circunstância que pode ser considerada como uma das razões da maior autoridade do juiz da *common law* em relação ao da *civil law*.

Pode-se dizer com Cappelletti (ibidem, p.123), que, embora mesmo na atualidade, existam diferenças profundas entre as duas famílias jurídicas, também é verdadeiro que até nos sistemas de *civil law* constata-se o aparecimento do fenômeno caracterizado pelo aumento da criatividade da jurisprudência. Restam, sem dúvida, certas diferenças de grau. Há vários anos, ocorre poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se de igual

³ A evidência, deve ser excetuada a ação declaratória de constitucionalidade recentemente introduzida pela Emenda Constitucional nº 3.

maneira sobre o plano do ordenamento judiciário e do Direito jurisprudencial.⁴ Como exemplo, o autor cita a criação de

4 Do ponto de vista da lingüística (hermenêutica), não há grande diferença entre *common law* e *civil law*. Caso contrário, voltar-se-ia à oposição - já superada - entre formalismo e realismo jurídico. Ver, para tanto, Warat e Rocha, 1984., p.38 e seqs. Por outro lado, explica Rocha (1994, p.65-80), partindo da tese do Direito visto como instituição social - que significa que o Direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem - autores como Hart, desde a lingüística, privilegiam o uso da linguagem normativa como a chave para que se compreenda a normatividade do Direito. Essa atitude epistemológica tem, para Joseph Raz, 1970, duas consequências: "em primeiro lugar, os termos e expressões mais gerais empregados no discurso jurídico(...), não são especificamente jurídicos. São, geralmente, o meio coerente mediante o qual se manifesta a maior parte do discurso normativo". Em segundo lugar, com a análise da linguagem, "a normatividade do Direito é explicada conforme a maneira como afeta aqueles que se consideram a si mesmos como sujeitos de direitos. Um dos temas principais tratados por Hart é o fato de que, quando uma pessoa diz "tenho o dever de ...", ou "voce tem o dever de...", ela expressa o seu reconhecimento e respalda "um standart" de conduta que é adotado como um guia de comportamento". A necessidade do reconhecimento, continua Rocha, é que colocou a teoria de Hart no centro da hermenêutica. Nessa lógica, não é surpreendente o fato de que, para ele, o Direito possui uma zona de textura aberta que permite a livre manifestação do poder discricionário do juiz para a solução dos conflitos, nos chamados *hard cases*. Esta última postura é crítica por Ronald Dworkin, 1986, que entende que o Direito sempre proporciona uma "boa resposta", já que ao julgar, o juiz escreve a continuidade de uma história. Em continuação, acentua o professor catarinense que não se pode subestimar, por outro lado, as críticas feitas por Neil Maccormick à Dworkin, assim como os seus trabalhos realizados com Ota Weimberger, sobre a possibilidade de uma "teoria institucional do Direito". Para este último, existe uma interdependência entre a ação do indivíduo e a sociedade. Esta interdependência se realiza em instituições que são modelos de ação. Assim, influenciado por Searle e Anacombe, Weimberger volta-se para os fatos institucionais. O conhecimento é o conhecimento de indivíduos capazes de viver e agir num sistema de instituições sociais. Portanto, hipótese mais rica que a da sociologia tradicional baseada em fatos brutos. Para este autor, "é justamente durante a análise destas relações que percebi que toda instituição compreende um

tribunais constitucionais na Austria, Alemanha e Itália e na Espanha, assim como em outros países da *civil law*, como Portugal. Assim, tendo decidido adotar o sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis (ou, de modo mais geral, como na Alemanha, da atividade também legislativa das autoridades públicas), tais países constataram que os tribunais e os juizes tradicionais não estavam adaptados para assumir a nova e árdua tarefa. Em decorrência, criaram mecanismos de nomeação política dos juizes, concedendo, ainda, um âmbito mais concentrado nas competências de tais cortes. Tal semelhança com as Cortes de *common law* aparece de forma evidente nos efeitos *erga omnes* das decisões dessas novas Cortes.

No Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº3, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade, cujas decisões têm caráter vinculante e obrigatório para todo os demais órgãos dos Poderes da República, não havia qualquer dispositivo legal-constitucional, com exceção dos regimentos internos dos tribunais superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados, que apontasse, expressamente, na direção de que as decisões judiciais pudessem ter efeito vinculatório. Por ocasião da recente (e fracassada) revisão constitucional, houve

núcleo normativo e outro de informações práticas. Esse dado está também na base da teoria geral, de fundamento neo-institucionalista, da validade de todas as categorias de normas sociais".

várias tentativas nesse sentido. Com efeito, havia um conjunto sistematizado de emendas constitucionais que, se aprovadas, alterariam profundamente o perfil de nosso ordenamento jurídico. Entre as principais modificações, uma delas conferia **efeito vinculante às Súmulas emitidas pelos tribunais superiores**, ou seja, as Súmulas emitidas pelo Poder Judiciário passariam a ter, formalmente, **força de lei**. Outra inovação previa que lei, cuja iniciativa seria facultada ao Supremo Tribunal Federal, poderia outorgar a outras decisões de mérito do próprio Tribunal eficácia contra todos, bem como dispor sobre o efeito vinculante dessas decisões para os órgãos e agentes públicos. Sem dúvida, semelhantes alterações provocariam uma verdadeira revolução no nosso ordenamento jurídico, tornando-o, em determinados aspectos, mais jurisprudencial do que o lado mais ortodoxo da *common law*.

Registre-se que tais emendas sequer chegaram a ser submetidas a votação, inseridas que estavam no complexo jogo político que envolveu a revisão constitucional. Como já demonstrado, pelas características de nosso ordenamento jurídico, a introdução da ação declaratória de constitucionalidade já de si constituiu uma anomalia, mormente porque representa uma espécie de reedição sofisticada da malfadada ação avocatória, de triste memória em nosso país.

Embora, pois, no âmbito da Constituição Federal a vinculariedade de decisão judicial esteja restrita à citada ação declaratória de constitucionalidade, o mesmo não pode ser dito quanto ao plano da infraconstitucionalidade. Como demonstrado, desde o artigo 38, da Lei Federal 8.038/90 até os regimentos internos dos tribunais superiores, existem dispositivos que, indevida e inconstitucionalmente, conferem a determinadas decisões judiciais, efeito vinculante. Nesse sentido, relembre-se que o relator de recurso no Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal poderá, de plano, fulminar recurso de a matéria nele versada estiver em contrariedade ao constante em Súmula emitida por aquelas cortes.

Como as controvérsias que se originam no interior do ordenamento jurídico, consideradas relevantes pelos tribunais superiores são transformadas em verbetes sumulares, as Súmulas assumem um papel preponderante em nosso sistema jurídico. Centenas delas se espalham no interior do ordenamento. Há Súmulas de todos os tipos e espécies. Metodologicamente, para os objetivos deste trabalho, as Súmulas foram classificadas e discutidas sob a forma de quatro grupos ou espécies. Assim, há um primeiro grupo no qual se enquadram as Súmulas aqui denominadas de tautológicas, as quais, simplesmente, repetem o dizer da lei, atuando como um reforço da condição de sentido do dispositivo legal. No segundo grupo, podem ser classificadas

as Súmulas "meramente interpretativas", que são as que assumem uma função calibradora dentro dos marcos formais do ordenamento jurídico. São denominadas, para os fins deste trabalho, de *intra legem*. Com efeito, tendo a precípua função de trazer a última (e definitiva) palavra dos tribunais superiores a respeito da interpretação de qualquer ato normativo (leis, decretos, portarias, etc), não se pode deixar de frisar que a Súmula não é uma jurisprudência predominante sob o aspecto meramente formal. Tem ela um sentido dogmático. Na função que cumpre no sistema jurídico, ela não é, tão somente, a jurisprudência predominante. Daí que a Súmula, vem a ser a jurisprudência com um plus quase normativo.

No terceiro grupo se enquadram as Súmulas que tem a função de limitar o juízo de admissibilidade recursal aos tribunais superiores. São as Súmulas *extra legem*. Dentre estas deve ser destacada a Súmula 400, do Supremo Tribunal Federal, que, pela sua própria redação, ajuda a entender o problema: **Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário (e acrescenta-se recurso especial, em face da criação do Superior Tribunal de Justiça)**. A amplitude do conceito dessa Súmula, pela vagueza e ambiguidade com que está redigida, confere um poder incomensurável ao Tribunal destinatário do recurso. No mesmo diapasão existem outras dezenas de Súmulas, todas objetivando restringir as

possibilidades de acesso das partes aos tribunais superiores, chegando tais restrições às raias da teratologia, mormente se examinados os conteúdos da Súmula 7, do STJ, pela qual "para simples reexame de prova não cabe recurso especial", e do artigo 38, da Lei 8038, que confere poder ao relator de arquivar o recurso que, nas questões predominantemente de Direito, contrariar Súmula do respectivo Tribunal. Dito de outro modo, tem-se que, como a Súmula 7 veda reexame de prova - o que significa que somente matéria de Direito é passível de recurso - todo e qualquer recurso que contrariar uma Súmula estará automaticamente, por óbvias razões rejeitado de plano.

No quarto grupo encontram-se as Súmulas editadas *contra legem* e contra o texto da Constituição Federal. São inúmeras as Súmulas já editadas que constituem verdadeiras criações legislativas, quando não representam, de forma frontal, autênticas alterações de cunho constitucional. As Súmulas 310, do TST, 554, do STF e 2, do STJ, dão uma amostra do papel das Súmulas em nosso ordenamento.

Em qualquer das modalidades, a produção sumular é uma forma indireta de criação de normas gerais. A Súmula é, assim, a produção de definições explicativas, que têm força prescritiva na prática diária dos juristas. Porém, o que desnuda a Súmula é o fato de que a força coercitiva do

Direito não emana somente da lei, senão das práticas do Judiciário.

Nesse sentido, é relevante trazer à colação Luhmann(1991, p.149 e segs), que, distinguindo legislação e jurisprudência, assevera que, partindo de uma descrição oficial de um modelo hierárquico, a legislação tem precedência sobre a jurisprudência. Isso é plausível porque, segundo ele, a jurisprudência deve basear-se no Direito (legislação) vigente, "em que pesem todas as liberdades de interpretação concedidos". Para Luhmann(idem, idem), somente num exame mais acurado as relações se evidenciam mais complexas. Assim, o juiz deve compreender e aplicar a instrução, o que equivale a poder operá-la como idêntica no contexto de uma multiplicidade de decisões em circunstâncias muito diferentes entre si. Além disso, foram descobertas numerosas ligações de *feedback* entre a legislação e a jurisprudência. Para concretizar as regulamentações globais, o legislador remete aos tribunais, ao passo que estes remetem ao legislador, quando eles não conseguem chegar por si só a uma decisão justa.⁵

⁵ Luhmann acentua que mesmo no *common law*, célebre por causa do seu "Direito dos Juizes", esse argumento da remissão é extremamente familiar, sobretudo em conflito de valores, que são vistos como possíveis controvérsias políticas. Ver para tal Maccormick, 1978, p.187 e segs. No entanto, todas as tentativas(especialmente as empreendidas na era da codificação) de formalizar e forçar uma tal delegação de competência na forma do assim chamado *référé législatif* malograram. Cfe. Luhmann, 1993, p. 157.

Problematizando a dicotomia legislação-jurisprudência e grau superior-grau inferior, Luhmann(ibidem) afirma que se for aceito que ambos os órgãos do sistema jurídico(legislativo e judiciário) participem do aperfeiçoamento do Direito, disso resulta o que ele chama de "interdependências", que não podem ser distinguidas entre um ser de "grau superior" e "grau inferior". Porém, fica patente a máxima de que permanece uma clara regra de colisão, ou seja, a de que na hipótese de um conflito valerá a decisão do legislador e não a do juiz. Mesmo assim, chama a atenção para o que pode ser considerada a "chave do problema": são os tribunais que decidirão se estamos ou não diante de um caso de conflito como que para compensar os prejuízos causados pela regra. Diante disso, conclui o jusfilósofo alemão, não se pode mais compreender a legislação como uma instância hierarquicamente superior à administração da justiça, como uma instância que dá instruções a serem seguidas pelos tribunais: "É certo que tal concepção não é propriamente falsa. Podemos conviver com ela. O juiz permanece vinculado à lei - mas justamente não à legislação. Evidentemente, regras genericamente válidas continuam sendo indispensáveis ao sistema. No entanto, a legislação e a jurisprudência participam do processo da formação e da modificação da formação e da confirmação de regras genericamente válidas."⁶

⁶ Cfe. Luhmann, op.cit.

A Súmulas no Direito brasileiro têm uma característica peculiar, se similitude em outros ordenamentos jurídicos. Buscando socorro novamente em Luhmann (ibidem) utilizando a linguagem de sua teoria sistêmica, pode-se dizer que as Súmulas têm a função de buscar/construir a unidade do ordenamento, mediante "reprodução autopoietica"⁷. Destarte, como ponto de partida

7 Autopoietico, termo central da teoria sistêmica de Luhmann, é um neologismo criado pelo tradutor do texto de Luhmann. Optou pela grafia grega, para impedir qualquer associação com o adjetivo "poético", relativo à poesia, e enfatizar a etimologia. Desse modo, "autopoietico significa: que se faz a si mesmo. O conceito de "autopoiese" é definido por Luhmann como auto-referência dos elementos sistêmicos: "Um sistema pode ser designado como auto-referencial, se ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos de que é composto..." Luhmann adota alguns aspectos da teoria de Parsons somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, tendo se voltado recentemente a uma perspectiva autopoietica (Varela-Maturana), que, redefinida com características originais, acentua a sistematicidade do Direito (como sistema social) como auto-reprodutor de suas condições de possibilidades de ser. De toda maneira, alerta Rocha, uma preocupação constante de Luhmann é com a teoria da decisão e a teoria dos procedimentos. Assim, por trás de todas estas funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, ainda estão presentes, redefinidos no interior do sistema, numa perspectiva muito mais ampla e sofisticada as dimensões analíticas e hermenêuticas do Direito. Para tanto, ver Rocha, 1994, p.65-80. Ainda sobre autopoiese, ver JACOBSON, 1989. Também ver Van de Kerchove e Ost, op.cit, p.150 e segs.: "On l'aura compris: il suffit, pour assurer son développement autopoietique, que le système juridique maîtrise une logique binaire - la logique du permis et de l'interdit, du juridique et du non-juridique. Parce qu'ils manipulent ce code des identités et des différences, les systèmes juridiques peuvent bien s'ouvrir à l'extérieur sans perdre leur identité, la réalité ainsi produite - et imposée, dirons-nous, n'étant en effet <rien d'autre que le corrélat d'un processus autoréférentiel qui se

e ponto de chegada na (re)definição da condição de sentido das normas que compõem o ordenamento jurídico, sua "autopoiese" consiste justamente na quebra e/ou na negação da tradicional distinção legislação-jurisdição.⁸ Tal distinção, considerada como instrumento de autodisciplina de qualquer sistema jurídico, tem a função de impedir que todas as questões jurídicas sejam decididas a partir de um mesmo ponto.

Nesse aspecto, as Súmulas tem uma dúplici função: além de reforçar o poder dos tribunais superiores, por um lado representam a palavra final da jurisdição acerca do sentido das normas; por outro, quando editadas contra a lei ou contra a Constituição, quebram a dicotomia legislação-jurisdição a partir da concentração do processo de produção-decisão das normas em um único órgão.

reproduit selon ce code>. Une telle conception, Luhmann l'affirme explicitement, rejoint <les représentations des juristes présentes dans la dogmatique juridique>: elle représente une forme d'autopoïèse du droit par lui-même (ici par les acteurs juridiques oeuvrant à sa connaissance) qui contribue directement à sa reproduction. La liaison des opérations du système autoréférentiel ne s'opère en effet que sur la base d'une telle auto-observation qui sélectionne, parmi l'infinité des relations internes possibles, celles qui sont le mieux de nature à renforcer la consistance et la performance du système".

⁸ Sobre a distinção jurisdição e legislação, ver também Silva, 1992. p.480-481. Também Araújo, 1987, 184-201. Sobre jurisdição, ver Marinoni, 1993, p. 98-114.

Por isso, examinando a estrutura de nosso ordenamento - no que se refere principalmente às possibilidades recursais e aos filtros de controle exercido através de Súmulas específicas para esse fim - a Súmula de matéria constitucional representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela (a Súmula) se refere. Dito de outro modo, vai ser norma constitucional (ou vai ser o sentido da norma) aquilo que a Súmula determinar que seja. O entendimento sumulado é, assim, uma Constituição imanente, ou seja, é o sentido das normas constitucionais. O raciocínio é o mesmo para as Súmulas que digam respeito a matéria de cunho infraconstitucional, guardadas as peculiaridades da estrutura do ordenamento no que se refere ao mecanismos recursais.

Desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, não é a lei, mas sua particular interpretação, fruto da (re)definição do intérprete. Como bem lembra Vasconcelos (1993, p.199, se assim ocorre, torna-se relevante não só o que a lei parece ter pretendido dizer, mas "o que os tribunais afirmam que realmente ela diz". Alerta o mesmo autor que a clássica assertiva do Presidente da Suprema Corte Americana, de que "vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juizes afirmam que ela é", não tem validade restrita à *common law*: "Juízo idêntico é proferido por Giuseppe Chiovenda, jusprocessualista italiano, portanto vinculado a sistema

jurídico de caráter legislativo. Também para Chiovenda, juridicamente a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei. Pelo que se conclui que a reclamada segurança da lei só se encontra na norma jurisprudencial, que é a sua interpretação. Dessa nunca se há de prescindir, porque, por mais clara que se afigure a lei, ela sempre dispõe de modo geral, competindo ao intérprete particularizá-la segundo os dados e as circunstâncias do caso concreto. Como já se anotou, a própria afirmação de sua clareza pressupõe interpretação. E mais: interpreta-se até seu silêncio e sua ausência".⁹

No Direito brasileiro, formalmente - embora a inconstitucional Emenda Constitucional nº 3 -- as Súmulas não vinculam os juizes¹⁰, senão os próprios tribunais. E, produzindo essa vinculação efeitos diretos *interna corporis*, esses efeitos, no entanto, exercem influência direta no conteúdo das decisões; de fato, a influência da Súmula vai dos tribunais locais até à atitude dos advogados, procuradores, promotores, juizes, etc. Tão relevante se torna essa questão que vale a pena trazer à lume a angustiada declaração do Ministro Luis Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento que envolvia a Súmula 146,

⁹ Vasconcelos, 1993. p.189.

¹⁰ De forma inconstitucional o Tribunal de Justiça do Ceará, não satisfeito com a vinculação *interna corporis* de suas Súmulas, obriga todos os juizes a seguirem suas Súmulas (art. 206 do Regimento Interno).

originária daquele Tribunal: "Ora, se entendo, *data venia*, que a Súmula 146 *é errônea porque fere três vezes o Código Penal*, jamais poderia ampliá-la, *embora a ela tenha que submeter-me* enquanto revista não for".¹¹

Esse poder das Súmulas em nosso Direito é bem definido por Ferraz Jr (1988, p.59), quando usa a expressão "validade no sentido fático". Com efeito, é uma figura jurídica que explica a validade específica de certas normas jurídicas, para as quais o critério da estrita vigência não basta. Assim, para ele, as Súmulas "obrigam não porque estão previstas expressamente pelo sistema normativo, mas porque representam o modo pelo qual certos casos são, via de regra, julgados pelo Tribunal Superior, assinalando, assim, certa uniformidade na atividade dos órgãos aplicadores do Direito. As normas de validade fática são, pois, aquelas que expressam esta atividade do aparelho sancionador do Estado".

Na medida em que as Súmulas, não em raros casos, criam Direito contra o texto legal vigente e contra a própria Constituição Federal, inexoravelmente há que se indagar acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal. Esta talvez seja a mais grave objeção contra a criação jurisprudencial em um ordenamento filiado à família romano-

¹¹ RTJ 62/590.

germânica. Esta objeção se baseia na questão de que tal criação não se compactua com a democracia.¹² Com agudeza, Winterton, citado por Cappelletti (ibidem, p.93) escreve que "a tentativa de elevar o Judiciário, que não é eleito, sobre o legislativo, que o é, pelo contrário, é antidemocrática". A objeção em questão desenvolve-se baseado na razão de que num sistema democrático é, por óbvio, assegurada a independência dos juizes, mas tanto mais são esses independentes, tanto menos são eles obrigados a prestar contas das duas decisões ao povo ou à maioria deste e a seus representantes. A criação jurisprudencial do Direito, portanto, é firmemente condenada por críticos como LORD Devlin, que em sua *Chorley Lecture*, em 1974 disse: "é grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados do estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário".¹³

¹² Nesse sentido, Devlin, Lord, *Judges and Lawmakers*, em *Modern Law Rev.*, 39(1976), p.1 e segs., p.16; republicado com o título *The Judges as Lawmaker*, em Patrick Devlin, *The Judge*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p.1-17, citado por Cappelletti, op.cit., p.34 e 93

¹³ Ver, para tanto, Devlin, ibidem, citado por Cappelletti, op.cit., p.93.

Muitos doutrinadores entendem que a acusação de antidemocraticidade - como a formulada por Winterton - tem sustentação teórica e prática, mormente quando lançada contra a criação jurisprudencial do Direito, no que se refere à justiça constitucional e, com mais especificidade, ao controle jurisdicional das leis. Nesse sentido, são relevantes as opiniões de Bickel (1962, p.20) e Ely (1980, p.4-5), que adquirem relevo pela simples razão de serem juristas preocupados com os problemas da *common law*, onde a força da jurisprudência, como já se viu, é incomparavelmente maior que a jurisprudência dos países da família romano-germânica. A opinião dos partidários dessa tese sustenta-se no argumento de que, enquanto o Direito de produção judiciária pode ser revogado mediante normal atividade legislativa, no nível da justiça constitucional o próprio legislativo e, portanto, a vontade da maioria eleita, é impotente, a menos que recorra aos difíceis e raramente empregados procedimentos de revisão constitucional. A questão é complexa, tanto que Cappelletti (*idem*, p.101), que sustenta posição contrária, diz que o argumento prova demais. Segundo ele, se conduzido às suas lógicas conseqüências, excluiria a aceitabilidade mesma de constituições vinculantes, dado que essas não podem ser revogadas pela vontade simples da maioria. Por outro lado, basta observar que certamente a idéia mesma de constituição vinculante implica reconhecimento da existência de uma lei superior - superior àquela expressa pela maioria parlamentar

momentânea. Alerta, também, com o auxílio dos professores Shapiro(1966, p.24) e Feltason (1955, p.8), que "o procedimento de revisão está sempre a disposição", sendo pois desnecessário dizer que "um parlamento bem resoluto raramente teve que constatar não estar em condições, com uma hábil e persistente reformulação de textos, de obter os fins desejados". Daí, conclui, decorre que "a interpretação judiciária da Constituição não é, necessariamente, mais definitiva do que a do texto ordinário da lei".

A discussão sobre a legitimidade da criação jurisprudencial judicial em países da *common law* ou da chamada *civil law*, não pode deixar de levar em conta a relevante circunstância de que mesmo sendo verdadeiro que o Judiciário, com frequência, é conduzido a aplicar o Direito preexistente, não é menos verdadeiro que constitui mistificadora ficção a teoria do caráter meramente declarativo das decisões judiciais. Mesmo que legislador e juiz sejam, conscientemente, criadores, de uma maneira ou outra, de Direito, o modo de formação legislativa do Direito é reconhecido como fundamentalmente diverso daquele da formação jurisdicional. Nesse sentido, Cappelletti(idem, p.130), aduz, com brilho, que, a função judiciária, nas modernas sociedades democráticas, por estar enraizado na consciência das sociedades civis, "não necessita se estabelecer com subterfúgios e falsificações, na melhor das hipóteses paternalísticos e na pior desonestos. Não se nega,

com isto, que a ficção do caráter declarativo e 'meramente' interpretativo da função judiciária possa oferecer, em certas circunstâncias, algumas vantagens e ter certas justificações".¹⁴ Em países como o Brasil, parece se encaixar a assertiva acima, mormente pelo fato de que as Súmulas, embora o forte caráter criativo de Direito, aparecem ao usuário como sendo tão somente o resultado de uma unificação jurisprudencial, sem força vinculante.

Vendo o Direito nos estritos limites do **sensu** **comum teórico**¹⁵, a Súmula parece que é uma aporia, até

¹⁴ Para Cappelletti, op. cit., p.131, isto pode, talvez, explicar também porque a ficção se reflete no próprio étimo da palavra *jurisdictio*: ninguém menos que Bacon escreveu que "os juizes deveriam lembrar que o seu ofício é *jus dicere*, não *jus dare*; vale dizer, interpretar o Direito, não fazê-lo ou dá-lo.", citado por Miller, 1979, p.346. O que é dito nesse texto pode explicar porque a ficção foi por tanto tempo, e tende constantemente a ser, "uma das mais caras afetações" da mística judiciária britânica, como escrevem Schwart & Wade, 1972, p.16 e 17, os quais comentam que, embora os juizes ingleses "constantemente tenham de escolher entre políticas em conflito entre si e criam, assim, sempre Direito novo", todavia, "amam negar esse fato". Mas a assertiva vale não apenas para os juizes de "outra banda", alerta Cappelletti. Falando dos juizes franceses, David, 1960, p.50 e 51, formula observação semelhante, que pode ser repetida a propósito dos juizes de outros países, inclusive dos EUA, a começar por quem foi, talvez, o juiz mais "ativista" de todos os tempos, John Marshall.

¹⁵ Para Warat, em termos gerais, o sentido comum teórico envolve todo o saber acumulado e toda a ideologia dos juristas, permitindo-lhes, assim, imprimir um caráter científico a seu discurso técnico normal. É o conhecimento que, difusamente encontra-se na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum tem uma função normativa à medida que, por meio dele, os juristas podem atribuir significados aos textos legais, estabelecendo critérios redefinitivos. Dessa maneira, as convicções difusas

porque se é o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, que editam as Súmulas e rechaçam os recursos que as contrariam, de fato se estaria, no plano dogmático, em face de um dilema sem saída. Afinal de contas, são os próprios órgãos que editam as Súmulas que são os encarregados de julgar se estas são ou não legais ou constitucionais. O sistema jurídico brasileiro não admite que se argua a inconstitucionalidade de uma Súmula, vez que esta não constitui, formalmente, um ato normativo passível de ser questionado mediante o uso de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da Constituição Federal). O problema torna-se mais drástico quando a Súmula é oriunda do Supremo Tribunal, que é justamente o órgão encarregado do controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

cumprem um duplo papel - o de dirigir as relações sociais e o de legitimar a ação dos juristas. A segunda função é ideológica, uma vez que o sentido comum torna homogêneos os valores sociais e jurídicos, cria uma cosmovisão do mundo social e do Direito, e silencia o papel histórico deste, apresentando os deveres jurídicos como ética e socialmente necessários. A terceira função é retórica, complementando a anterior, no sentido de efetivá-la mediante um conjunto de argumentos para o raciocínio jurídico. Finalmente, derivada das anteriores, a quarta função é política: o saber acumulado assegura as relações de poder, isto é, permitindo apresentar os dispositivos de poder - plurais, dispersos e dependentes de múltiplas tendências - como um conjunto unívoco e ordenado. Cfe. Warat, 1979. p.15.

Porém, vendo o Direito como um processo de criação e de aplicação das normas - que implica uma repartição do poder de criação dos sentidos jurídicos - as Súmulas são uma consequência natural dessa repartição de poder.

Nesse sentido, partindo da perspectiva de Ferrari (1989, p.87-90) de que o Direito é um conjunto de símbolos normativos dirigidos a influir, através de mecanismos unidos ao caráter persuasivo e estruturados hipoteticamente, nos comportamentos dos outros, e que tais símbolos, antes de descrever a realidade, pretendem modelá-la e modificá-la, mais do que o poder de violência simbólica, existe uma forte controlabilidade difusa das instâncias inferiores emanada nos entendimentos sumulares emitidos pelos tribunais superiores do País.

Sendo o Direito constituído por elementos político-ideológicos desde suas origens históricas, sofrendo, cotidianamente, influência das mutações das formações sociais, o advento de uma Súmula não deveria ter o condão de ilidir/tolher/aprisionar a atividade dos juristas. A prática, porém, demonstra o contrário, ou seja, a de que a auto-suficiência sumular/jurisprudencial - fruto de uma uniformidade propiciada pelos tribunais superiores - desempenha uma função aglutinadora, calibradora e padronizadora. Esse processo objetiva uma uniformização de

sentido, que tem relação direta com um fator normativo de poder.

Desse modo, embora cada processo judicial tenha suas peculiaridades, os juizes e os tribunais inferiores - graças ao seu *ethos* predominante dogmático (formalista e tecnicizante) - são como que "amalgamados" pela força dos entendimentos sumulares, na medida em que vêem nas Súmulas critérios relativamente seguros para a aplicação da lei aos fatos, circunstância que lhes propicia, desse modo, a tomada de decisões razoavelmente coerentes com o senso comum teórico dominante. As Súmulas funcionam, assim, como forma de controle do discurso jurídico dominante no plano dos tribunais superiores.

Essa característica de controlabilidade difusa pode ser vista, enfim, como uma espécie de "panóptico jurídico". Em conseqüência, toda edição de Súmula corresponde à formação de um *arbitrário juridicamente prevalecente*. Seu poder de controlabilidade difusa exerce-se através do controle discursivo, pelo poder do discurso, baseando-se na imposição de uma única possibilidade interpretativa. Daí poder-se dizer que a lei é uma programação de sentido feita pelo legislador. A Súmula reprograma e uniformiza de forma unilateral o sentido original, descontextualizando e, portanto, estereotipando o sentido da norma.

Com a edição de uma Súmula, fecha-se a possibilidade de outra interpretação.¹⁶ As Súmulas, nesse diapasão, são uma forma de redução da complexidade do Direito feita de forma unilateral, descontextualizada e a-histórica.¹⁷ A Súmula define e redefine sentidos jurídicos. Em tais (re)definições são estabelecidos critérios de relevância visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso. Trata-se, pois, de uma definição persuasiva. Como muito bem diz Warat(1981, p.10), precisamente a ação que a instituição jurídica exerce sobre seu discurso está na direção de

16 Quando ainda Ministro do Supremo Tribunal Federal, Oscar Dias Correa, em obra na qual comenta o STF e as suas funções, acentua que "se se conhece a Súmula - e o juiz brasileiro não a pode desconhecer - e se não aplica, autoriza-se a interposição do remédio processual para repor a orientação da Corte Maior; e se obriga, desnecessariamente, à iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e requer-se prestação jurisdicional que se poderia e dever-se-ia evitar." Mais adiante, citando artigo do Prof. João Edson de Mello, o Ministro aduz: "Praticamente ou indiretamente, a Súmula contém, entretanto, obrigatoriedade.(...) *A solução será, portanto, acatá-la, para que não se venha a suportar, em desate de recurso, na última instância, a imposição da regra do seu enunciado. Pode-se, mas não convém desobedecê-la*". Correa, 1985., 77-78.(grifei)

17 Frise-se que, para Luhmann, a *complexidade* é um dos principais problemas da teoria da sociedade e, portanto, da teoria dos sistemas sociais. Nesse sentido, a teoria da sociedade (Luhmann-De Giorgio) tem colocado, ao lado dos conceitos como de diferenciação, o conceito de complexidade, visto como fundamental para a delimitação, observação e descrição de um sistema. A distinção que constitui a *complexidade* tem a forma de um paradoxo: *complexidade* é a unidade de uma multiplicidade. Ver Luhmann e De Giorgio, 1992.

impedir a formação de cadeias evocativas contrárias ao exercício do poder institucional. Daí que, com Friedman (1993, p.10), não se deve olvidar que o sistema jurídico é uma parte do sistema de controle social. No mais amplo sentido, esta pode ser a função do sistema jurídico; todo o demais é, de certo modo, secundário ou subordinado. Dito de outro modo: o sistema jurídico se refere ao controle de comportamento.

Por intermédio do poder de editar Súmulas e, por consequência, da prerrogativa última de dar a condição de sentido das normas jurídicas, os tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal (matéria constitucional) e o Superior Tribunal de Justiça (matéria infraconstitucional), alcançam a coesão ideológica do sistema¹⁸ e a sistematização jurisprudencial, cujos propósitos são, em síntese, os seguintes¹⁹:

¹⁸ Com Entelman (1982, p.101), pode-se dizer que isto significa, em outras palavras, "que se puede controlar el comportamiento de la institución social desde el discurso jurídico, y desde allí ordenarlo y dirigirlo." Mas, para evitar simplificações e/ou ingenuidades, o autor alerta: "Pero no se puede, en última instancia, controlar y dirigir el discurso jurídico desde el discurso jurídico, sino desde estructuras fundantes de la formación social de que se trate, que excedam en mucho al discurso jurídico, e cuyas articulaciones con éste son múltiples. Esta multiplicidad determinará los grados variables de autonomía e incidencia reguladora que la instancia judicial posee en el contexto de una formación social determinada".

¹⁹ Ver nota 16, item 7.2, retro.

- (1) Assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico em vigor. É, assim, mais do que condição de sentido, uma condição de validade das normas, pelo poder de controlabilidade difusa que exerce no interior do sistema.
- (2) Propiciar as diretrizes gerais para a ação judicial e regular a atuação dos demais atores jurídicos envolvidos no processo. Os atores jurídicos ficam jungidos, destarte, ao que se denomina, no âmbito da dogmática jurídica, de "pacífico entendimento jurisprudencial", sacramentado pelo hermetismo sumular.
- (3) Orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei. Os tribunais inferiores e os juizes singulares terão, desde logo, fixados os limites e as diretrizes para a sua atividade. Ou seja, as Súmulas tornam-se instâncias discursivas reguladoras de outros discursos. A segurança e a autoridade provenientes da estrutura de produção do discurso se complementam com as formas de exclusão estabelecidas para a distribuição desse discurso.
- (4) Imunizar o sistema contra o risco de interpretação contra *legem*. Ou seja, como a lei é aquilo que o Judiciário diz que ela é, somente uma Súmula pode ser contrária à lei, porque a força coercitiva do Direito não emana da lei, senão das práticas do Judiciário.²⁰ O que a lei determina é a

²⁰ No dizer de Ferraz Jr, as Súmulas, embora não tenham validade apoiada em outras normas, são permitidas na regulação do sistema, tornando-se **normas-origens** (ao menos parcialmente) efetivas, **imunizando** uma série de outras decisões e eliminando outras que não têm condições de fazer frente à sua efetividade. Cfe. Ferraz Jr, 1986, p.148.

repartição do poder jurídico. A norma jurídica distribui o poder de criação dos sentidos jurídicos. A Súmula vem a ser a reserva final da produção de sentido da norma.

5. Controlar a consistência das decisões limitando as premissas hermenêuticas, através do que se pode chamar, com Warat (1985, p.72), de discurso monocêntrico, no qual o discurso é regulado, determinando-se, de antemão, a interconexão de suas partes e os limites da expansão do conjunto.

6. Oferecer os pontos de partida e de chegada para a argumentação jurídica de todos os operadores do Direito (juizes, promotores, advogados). Instaure-se, desse modo, uma espécie de leito procustiano para a atividade interpretativa.

7. Estabilizar as expectativas da própria "clientela" dos tribunais a respeito do que é possível e do que não é possível. Daí o considerável número de Súmulas que impedem o acesso das partes aos tribunais superiores, pela via recursal.

Fundamentalmente, não se pode dizer que a Súmula é um mal em si. Considere-se o papel criativo da interpretação e sua importância como processo revitalizador do ordenamento jurídico. O que resulta nefasto é a padronização da jurisprudência, obstaculizando o progresso do Direito. O uso das Súmulas de forma indiscriminada, descontextualizadas,

tem servido para a "standardização" do Direito, o que é reconhecido até mesmo por setores da dogmática jurídica dominante, como Grinover (1976, p. 149 e 150), para quem as Súmulas têm demonstrado "uma capacidade **cristalizadora e uma força vinculante** que, exorbitando de seus limites, tem contribuído para impedir a evolução do Direito".

1 O ordenamento brasileiro filia-se à família romano-germânica.) A Súmulas não são *stare decisis* à semelhança da *common law*. Como bem alerta Reale (1994, p.72), "as Súmulas, como modelos jurisdicionais, tendem a adquirir certa estabilidade, e não há nada nessa adoção obliqua do *stare decisis*, importada da *common law*, desde que não se resvale para a rotina. Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores socio-econômicos, ou, por melhor dizer, culturais."

(A) Com esta perspectiva dada pelas Súmulas, o Direito brasileiro se aproxima da *common law* no seguinte aspecto: passa a ter no segundo e no terceiro grau de jurisdição do Poder Judiciário (mormente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal) a instância mais importante. Dito de outro modo, no sistema baseado no predomínio da lei

- como é o nosso - o juiz de primeiro grau adquire uma dimensão importante. Porém, sendo a Súmula um critério de fechamento autopoiético do sistema, a importância de decisões de primeiro grau que contrariarem Súmulas passam a ter importância absolutamente secundárias, eis que passíveis de imediata e fácil cassação pela instância superior.

No sistema da *common law*, conforme Hart (ibidem), o fundamental é encontrar a regra de reconhecimento, que nada mais é do que a resultante de reiteradas decisões dos tribunais. É, pois, fática, ao contrário da norma fundamental de Kelsen, dirigida e pensada para o sistema da *civil law*, sendo, assim, gnosiológica. Ora, as Súmulas - da maneira como funcionam no Direito brasileiro - fazem parte da norma de reconhecimento, caracterizando, portanto, algo estranho, fora do sistema.

Surge, daí, um perigoso ecletismo: no sistema da *common law* o juiz necessita fundamentar e justificar a decisão ²¹. Como muito bem salienta Dworkin (ibidem, p.244), "when judges construct rules of liability not recognized before, they are not free in the way I just said legislators are. Judges must make their common law decisions on grounds of principle, not policy: they must deploy arguments why the

²¹ Para Dworkin, op.cit, na *common law*, uma das possibilidades de encontrar a resposta correta está no fundamento das decisões, ou melhor, na necessidade de justificar as decisões judiciais.

parties actually had the 'novel' legal rights and duties they enforce at the time in the past". No *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. Assim, é suficiente que a decisão esteja de acordo com uma Súmula para ser válida. Nessa perspectiva, tem-se, no sistema jurídico brasileiro, o poder discricionário da *common law* sem a proporcional necessidade de justificação. Enfim, o poder sem freios e contrapesos, tudo porque as Súmulas transformam-se, na prática, de normas individuais - válidas para cada caso - em normas gerais de validade *erga omnes*.

As Súmulas são, desse modo, uma metacondição de programação e reprogramação de sentido do sistema jurídico. Contudo, são, também, condição de fechamento do sistema. Trata-se de um paradoxo, na perspectiva luhmaniana, que é resolvido pela unidade que lhe dá a posição ímpar dos tribunais superiores ao editar Súmulas para poder auto-reproduzir o sistema.

BIBLIOGRAFIA

AFTALION, Enrique R. OLAND, Fernando Garcia, VILANOVA, José. Introducción al derecho. 7ª ed. Buenos Aires, Ed. Cooperadora de ,Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

ALVIM PINTO, Tereza Arruda. A função das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da Teoria Geral do Direito. Revista de Processo n. 40, ano 10. Guarulhos, SP, Ed. Parma Ltda, out-dez de 1985.

ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do Direito comparado. Trad. Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estudos sobre a reforma processual. Curitiba: 1969.

ARAUJO, Justino Magno. Aspectos da jurisdição nos sistemas de common law e civil law. In Ajuris n.40. Porto Alegre: Associação dos Juizes do RGS, 1987.

ARRUDA, R.T. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo: Juriscredi, 1972.

ASCENSAO, José de Oliveira. O Direito - Introdução e teoria geral: uma perspectiva luso-brasileira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.

BAKER, J.H. An Introduction to English Legal History. London: Butterworths: 2.ed., 1979

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

BARROS MONTEIRO, Washington. Curso de Direito Civil, v.1,. São Paulo: Saraiva, 1967.

BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA, Ives Martins. Comentários à Constituição do Brasil. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERMAN, Harold J. Aspectos do Direito Americano. Trad. Janine Yvone Ramos Peres e Arlette Pastos Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1963

BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1962.

BOBBIO, Norberto. El problema del positivismo jurídico. Buenos Aires: Endeba, 1965.

BRUNNER, Heinrich e VON SCHWERIN, Claudius. Historia del Derecho germánico. Traducida y anotada por José Luis Alvares López. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

BOMFIM, Edson Rocha. Recurso especial. Frequestionamento, interpretação razoável, valoracão jurídica da prova. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BORBOREMA, Anete Vasconcelos de. Análise da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. Revista de Processo. São Paulo, n.21, 1981.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. A natureza normativa das Súmulas do STF, segundo as concepções de direito e de norma de Kelsen, Ross, Hart e Miguel Reale. Revista de Direito Público. São Paulo, n.29, ano 7, maio-junho, 1974.

BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude. A reprodução: elementos para uma teoria de ensino. 3. ed. Trad. Reynaldo Beirão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel e Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRUM, Nilo Bairros de. Requisitos Retóricos da Sentença Penal. São Paulo: Saraiva, 1979.

BUZAID, Alfredo. Uniformização de jurisprudência. Ajuris n.34. Porto Alegre: Associação dos Juizes do RGS, 1985.

CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASSIRER, Ernst. Antropologia filosófica. Ensaio sobre o homem. Introdução a uma história da cultura humana. Trad. Vicente Felix de Queiroz. São Paulo: Mestre Jou, 1977.

CASTORIADIS, Cornelius. A instituição imaginária da sociedade. Trad. Guy Reynaud. São Paulo: Paz e Terra, 1982.

COMPARATO, Fábio K. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CONGRESSO NACIONAL. Brasília. Anais da Revisão Constitucional. Parecer do Relator n. 30, 1994.

CORNU, Gérard. Droit civil. Introduction les personnes - les biens. Paris:Montchrestien, 1980.

CORREA, Oscar Dias. A crise da Constituição: a Constituinte e o STF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CORREAS, óscar. Crítica de la ideologia jurídica. Ensayo sociosemiológico. México: Universidad Autónoma de México, 1993.

CORWIN, Edward S. The Constitution of the United States. Analysis and Interpretation. Washington D.C.: U.S. Printing Office, 1953.

COSTA, Luiz Antonio Severo da. O poder normativo do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais n.447, 1973.

COSTA LEITE, Paulo Roberto Saraiva da. Recurso especial: admissibilidade e procedimento. Sálvio de Figueiredo (org). Recursos no Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1991.

CRETELLA JR, José. Curso de Filosofia do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

CROSS, Rupert. Statutori Interpretation. London: Bttenworths, 1976.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Aspectos processuais da denominada ação declaratória de constitucionalidade. In: Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

CUETA RUA, Julio. La Ley en el mundo contemporâneo. Anuário de Filosofia Jurídica y Social n 6. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984

CUETO RUA, Julio. El Common Law. Ed. La Ley. Buenos Aires: 1957;

DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camile. Les grands systèmes de droit contemporains. 9.éd. Paris: Précis Dalloz, 1988.

DAVID, René. Le Droit Français, I: Les Données Fontamentales du Droit Français, Paris: Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1960.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado - atualizado e ampliado por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

DEVLIN, Lord. Judges and Lawmakers, em Modern Law Rev., 39(1974), republicado com o título The Judges as Lawmaker. In: Devlin, Patrick. The Judge, Oxford: Oxford University Press, 1979.

DINAMARCO, Candido R. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DU PASQUIER, Claude. Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit. Paris: Delachaux & Niestle, 1948.

DWORKIN, Ronald. Law's Empire. Londres: Fontana Press, 1986.

ELY, J.H. Democracy and Distrust: a Theory of Judicial review. Cambridge & London: Harvard University Press, 1980.

ENTELMAN, Ricardo. La formación de una epistemología jurídica. In El discurso jurídico: perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos. Pierre Legentre et al. Belgrano: Hachette, 1982.

ETZIONI, Amitai. Organizações Modernas. São Paulo: Atlas, 1967.

FARIA, José Eduardo. Eficácia jurídica e violência simbólica. São Paulo: Edusp, 1988.

_____. Justiça e conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Retórica política e ideologia democrática. A legitimação do discurso jurídico liberal. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1984.

FARNSWORTH, E. Alan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963;

FELICIANO, Eva da Cruz. O instituto da Uniformização da jurisprudência. São Paulo, Revista dos Tribunais n.529, 1979.

FERRARI, Vincenzo. Funciones del derecho. Madrid: Ed. Debate, 1989.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1989.

_____. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. A ciência do direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1988.

_____. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança-aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1974.

FERREIRA, José Nunes. Súmulas do Supremo Tribunal Federal: atualizadas e anotadas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIGUEIREDO, Marcelo. A ação declaratória de constitucionalidade. Inovação infeliz e inconstitucional. In Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra Martins e Gilmar ferreira Mendes (org). São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANÇA, R. Limongi. O direito, a lei e a jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

FRIEDMAN, Lawrence. Introduction al derecho norteamericano. Stanford: TB, 1993

GALLO, Antonio Felipe. A lei como fonte principal do direito inglês nos dias de hoje. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 673, 1992.

GARCIA MAINEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México: Porrúa, 1972.

GILMORE, Grant. As eras do Direito Americano. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GODELIER, Maurice. Antropologia. Edgard de Assis Carvalho (org). Trad. de Evaldo Sintoni et al. São Paulo: Ed. Atica, 1981.

GRECO FILHO, Marco Aurélio. Ação declaratória de constitucionalidade. In Ação declaratória de constitucionalidade. Ives Gandra Martins e Gilmar Ferreira Mendes (org.) São Paulo: Saraiva, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela constitucional das liberdades. São Paulo, Saraiva: 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini, Cintra e Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

HART, Herbert L.A.. O conceito de direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HECK, Luis Afonso. As fontes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 677, 1992.

HOLMES, Oliver Wendell. O Direito Comum - As origens do direito anglo-americano. Trad. J.L.Melo. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

JACOBSON, Arthur J. Autopoietic Law: The law science of Niklas Luhmann. Michigan Law Review, n. 87, 1989.

JAMES, Philip S. Introduction to English Law. 4. ed., Londres: Butterworth & Co (Publishers) Ltd., 1959.

JAUREGUI, Carlos. Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés. Buenos Aires: Depalma, 1990

JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Direito penal. Parte geral. 19 Vol. 10ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1985.

KATZ, Daniel e KAHN, Robert L.. Psicologia social das organizações. São Paulo: Atlas, 1987;

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

KIRALFY, A.K.R. The English Legal System. London: Sweet & Maxwell, 1973.

LACLAU, Martin. Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa. In Anuário de Filosofia Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

LIMA, Cláudio Vianna de. Uniformização de jurisprudência. Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 254, 1977.

LIMA, Jesus Costa. Uniformização da Jurisprudência. In Enciclopédia Saraiva do Direito. vol.71 Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

LLEWELLYN: K. N. My phylophy of law, in My phylosophy of law(ouvrage collectif). Boston: 1941.

_____. A realistic jurisprudence, the next step, reproduit in Jurisprudence. Texts and readings on the phylosophy of law (G. Christie). Saint-Paul, 1973.

LLOYD, Denis. A idéia de lei. Trad. de Alvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

LOBO, Jorge. O sistema jurídico americano: a crescente importância da legislação e o especial significado da decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 654, 1991.

LOSANO, Mário G. Os grandes Sistemas Jurídicos. Lisboa: Editorial Presença, 1979.

LUHMANN, Niklas e DE GIORGIO, Raffaele. Teoria della società. Milano: Francoangeli, 1992.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Trad. Peter Naumann. Ajuris nº 49. Porto Alegre: Associação dos Juizes do RGS, 1993.

_____. Sociologia do Direito I e II. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota. An Institutional Theory of Law. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1985.

MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford: Oxford, 1978.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Apontamentos sobre o judiciário americano. In O Judiciário e a Constituição. Salvo Figueiredo(ORG). São Paulo: Saraiva, 1994.

MACIEL, Cláudio Baldino. A fragilização do Judiciário. Porto Alegre, Zero Hora, 13 abr 1994, 1994.

MALERBI, Diva Prestes. Perfil do habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MANNONI, Octave. O divã de Procusto. In O divã de Procusto. Joyce McDougall e colaboradores. Trad. de Débora Regina Unikowski. Porto Alegre: Artes Médicas, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira(org) Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

MATHIOT, André. La Cour Suprême aujourd'hui. In Pouvoirs - Revue Française D'études Constitutionnelles et Politiques. nº 29, 1984. Paris: n. 29, 1984.

MAUNZ, Theodor. Bundesverfassungserichtsgesetz; kommentar. München. C.H. Beck, Okt. 1985, nº 24.

_____. Deutsches Staatsrecht, ein Studienbuch. 17. Aufl. München: C.H. Beck, 1975.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 5ª ed. São Paulo e Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

MEIRA, Sílvio A.B. História e fontes do Direito romano. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo e Edição Saraiva, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança e ação popular. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MENDES DE ALMEIDA, Cândido. Auxiliar Jurídico. Rio de Janeiro. Ed. de Candido Mendes de Almeida, 1869.

MENDES, Gilmar Ferreira. Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade. In Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIEDZIANAGORA, J. Philosophies Positivistes du droit et droit positive. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.

MILLER, Arthur S. Judicial Activism and American Constitutionalism: Some Notes and Reflections. JR Pennock & J.W. Chapmann (ed.) Constitutionalism(Nomos XX). New York: University Press, 1979.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. tomo 6. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MONTORO, André Franco. Introdução À Ciência do Direito. São Paulo: Martins Livresiros, 1971.

MOURA ROCHA, José de. A importância da Súmula. Revista Forense. Rio de Janeiro, n. 25, 1977.

_____. Súmula II. Enciclopédia Saraiva de Direito. v.71. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

NAUFEL, José. Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, vol.III. Rio de Janeiro: s/d.

NEGRÃO, Teutônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1980.

NUNES LEAL, Victor. Passado e presente da súmula do S.T.F. Ajuris nº 25. Porto Alegre: Associação dos Juizes do RGS, 1982.

NUNES, Pedro. Dicionário de Tecnologia Jurídica. v.1, 3. ed., 1956.

OLIVEIRA, Lourival Gonçalves. Comentários às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 1993.

OSBORN. A concise Law Dictionary. London: Sweet & Maxwell, 1964.

OST, François e VAN DE KERCHOVE, Michel. Jaïons pour une théorie critique du droit. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado. v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

PELTASON, Jack. Federal Courts in the Political Process. Philadelphia: Philadelphia Book Co., 1955.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

PESTALOZZA, Christian. Verfassungsprozessrecht: die verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder. 2. Aufl. München, C.H. Beck, 1982.

PINTO, Nelson Luiz. Recurso Especial para o Superior Tribunal de Justiça. Teoria geral e admissibilidade. São Paulo: Malheiros, 1992.

PUCEIRO, Henrique Zuleta. Las fuentes del derecho en los sistemas romanistas. Anuário de Filosofia Jurídica y Social. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

RAZ, Joseph. The concept of legal system. Oxford: Oxford Press, 1970.

RE, Edward D. Stare Decisis. Trad. Ellen Gracie Janine Northfeld. Revista Jurídica n. 198. Porto Alegre, Síntese, 1994.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Licções Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1976.

_____. Questões de direito. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

RESTIFFE NETO, Paulo. A uniformização da jurisprudência. São Paulo, Revista dos Tribunais n. 476, 1985.

ROCHA, José Albuquerque de. O procedimento da uniformização da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROCHA, Leonel Severo. A problemática jurídica. Uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. Da teoria do Direito à teoria da sociedade. In Teoria do Direito e do Estado. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris, 1994.

ROCHERE, Jacqueline Dutheil. Le pouvoir judiciaire et les libertés au Royaume-Uni. In Pouvoirs - Revue Française d'études constitutionnelles et politiques, nº 37. La Grande-Bretagne. Paris: Presses Universitaires de France, 1988

RODRIGUES, Lêda Boechat. "Notícia bio-bibliográfica", in trad. A Natureza do processo e a Evolução do Direito, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.

_____. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. 3ª ed. Trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1974.

SANCHES, Sydnei. Uniformização de jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SCARMAN, Lorde Leslie. O Direito Inglês- A Nova Dimensão. Porto Alegre: Fabris, 1978;

SCHAPIRO, M. Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review. Englewood Cliffs, N.J: Prentice Hall, 1966.

SCHWARTZ, Bernard & WADE, H.W.R.. Legal Control of Government. Oxford: Clarendon, 1972.

SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966;

_____. The law and its Development: Civil and Common Law Systems Compared. Revista de Direito Civil, v. 6, 1978.

SILVA, José Afonso da. Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. Direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SLAIBI FILHO, Nagib. Ação declaratória de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SOUZA, Nelson Oscar. Manual de direito constitucional. Rio de Janeiro: Malheiros, 1994.

TAMELLO, Ilmar. La Ratio decidendi et la règle de droit la règle de droit. In Perelman(CH). Travaux du Centre National de Recherches de Logique. Bruxelles. Ed. Bruylant.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TERRÉ, François. Introduction générale au droit. Paris: Dalloz, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. Observações sobre o recurso especial em matéria criminal. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Sálvio de Figueiredo (org). São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério L. Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Enciclopédia Saraiva de Direito. v. 71. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

VALADÃO, Haroldo. Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Enciclopédia Saraiva de Direito.v.71. Coord. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977.

VAN DE KERCHOVE, Michel e OST, François. Le système juridique entre ordre et désordre. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

VANDER BASTOS, Aurélio. Introdução à teoria do direito. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica. 3. ed. São paulo: Malheiros Editores, 1993.

VAZQUEZ, M. Castán. El sistema de derecho privado iberoamericano. In Estudios de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Univ. de Atioquia, Medellin, Colombia, v.75, mar 1969.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Superior Tribunal de Justiça - Competências Originárias e Recursal. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. Sálvio de Figueiredo (org). São Paulo: Saraiva, 1991.

VERON, Eliseu. A produção de sentido. São Paulo: Cultrix, 1980.

WARAT, Luis Alberto e ROCHA, Leonel Severo. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WARAT, Luis Alberto e RUSSO, Eduardo A. Interpretacion de la ley. Poder de las significaciones y significaciones del poder. v. 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

WARAT, Luis Alberto. Mitos e teorias na interpretacão da lei. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. Introdução geral ao Direito. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. El jardim de los senderos que se bifurcam: a teoria crítica do direito e as condições de possibilidade da ciência jurídica. In Contradogmáticas 4/5. v.2. Santa Cruz do Sul: FISC-ALMED, 1985.