
REFLEXÕES SOBRE A SÚMULA VINCULANTE

Bruno Dantas*

1. Apresentação

Embora não seja nova a discussão em torno da crise do sistema recursal brasileiro e dos instrumentos que poderiam amenizar o brutal volume de processos que assoberba nossos tribunais¹, pode-se afirmar que foi com a Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004, que se passou do discurso meramente retórico, não raro acompanhado de medidas paliativas, para o implemento de providências práticas que têm, potencialmente, o condão de racionalizar a interposição de recursos.

Empregamos “potencialmente” porque ainda não se sabe ao certo como os instrumentos novos funcionarão em nosso sistema jurídico. Se, por um lado, é certo que a existência de tais instrumentos é fundamental para o equilíbrio do sistema, não é menos certo que eles devem ser utilizados com prudência, pena de condenar ao desuso ou à repugnância ferramentas que ensejaram uma grande e complexa modificação do texto constitucional.

Uma questão básica tem sido levantada de há muito por juristas como Rodolfo de Camargo Mancuso (2001) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2001): a *divergência jurisprudencial* e os seus efeitos nocivos para os jurisdicionados e para o próprio sistema jurídico. Esse e outros pontos de discussão têm revelado que a moderna metodologia do direito aponta para questões cada vez mais sofisticadas. Karl Larenz (1966, p. 154) já afirmou que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. Sem dúvida, a hermenêutica tem sido um dos campos prediletos dos filósofos do direito.

Robert Alexy aponta pelo menos quatro razões para justificar o fato de que, em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de

* **BRUNO DANTAS** é Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). É Consultor-Geral Legislativo do Senado Federal e Professor nos cursos de pós-graduação do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), da Escola da Magistratura do Distrito Federal e da Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS). Advogado.

¹ Para maior aprofundamento sobre questões relacionadas ao excesso de processos nos tribunais, ver o Capítulo 2 do nosso livro *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

normas que se supõem válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico:

(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto (ALEXY, 2001, p. 17).

Esses problemas são potencializados em sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a fonte primordial de direitos². Isso em razão da possibilidade de cada juiz dar aos textos legais a interpretação que melhor lhe apraza³, embora haja autores a defender, corretamente a nosso ver, que a lei é vocacionada para uma única interpretação *correta*, dadas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico⁴. No Brasil, especificamente, esse fato, combinado com a riqueza do sistema recursal vigente e a postura intransigente da Fazenda Pública⁵, tem ensejado o assoberbamento dos tribunais superiores, instados, mediante dezenas de milhares de causas repetitivas, a uniformizar entendimentos de todos os tribunais do País, no que se convencionou chamar de *crise da Justiça*.

Foi nesse cenário de clamor popular por mudanças aptas a solucionar a *crise da Justiça* que se acresceu à Constituição Federal (CF) o art. 103-A, que prevê a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar enunciados de sua súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal.

A instituição da *súmula vinculante* tenta amenizar os problemas interpretativos de ordem constitucional por meio de um rígido esquema vertical, que compele órgãos jurisdicionais e Administração Pública à estrita observância da interpretação fixada pelo

² Vincy Fon e Francesco Parisi, em artigo destinado a fazer análise dinâmica dos precedentes judiciais nos sistemas da *civil law*, observam que “*current theories are unable to explain why, in spite of emphasis on legal certainty and stability, the practice of Civil law systems in certain areas of the law is often characterized by instability and uncertainty. Traditional explanations focus on the lack of stare decisis (Mattei, 1988), different judicial cultures, political instability and different levels of separation of powers (Merryman, 1969)*”. (FON; PARISI, s/d, p. 4).

³ Para uma abordagem completa sobre a questão da racionalidade da jurisprudência e o trabalho hermenêutico dos juízes, ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 241-295.

⁴ Por todos, ver ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁵ Saulo Ramos, em palestra pronunciada na cerimônia de aniversário do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em 13 de agosto de 1999, afirmou: “*Não temos nada para impedir a prática da ilegalidade através de decisões em tese, circunstância que fez deste país o paraíso dos economistas e burocratas, grandes legisladores por portarias, fato que multiplica ao infinito as lesões individuais e os consequentes pedidos de socorro ao Judiciário (...). Convenhamos, porém, que a mais terrível realidade brasileira está na resistência da tecnocracia aos pronunciamentos judiciais, sobretudo os da Corte Constitucional. Agentes do governo cometem conscientemente várias inconstitucionalidades, estimulados pelo cálculo cinicamente contábil sobre quantos cidadãos lesados recorrerão ao judiciário e quantos deixarão de recorrer*”. (RAMOS, 1999, p. 370-371).

Supremo Tribunal Federal. É certo que isso trará uma elevada dose de segurança ao sistema, mas o *trade-off* apresenta-se imediatamente: o cerceamento da tão propalada *atividade criativa do juiz*⁶, não obstante a possibilidade de revisão e cancelamento de súmulas vinculantes.

A adoção da *súmula vinculante* aproxima ainda mais o Brasil, cujo sistema é sabidamente romano-germânico (*civil law*), dos Estados Unidos e da Inglaterra, países que se filiam à *common law*. Não vamos muito além dessa mera constatação, pois não é objetivo deste estudo avaliar de que forma um sistema da *civil law* pode se valer com sucesso de mecanismos tradicionalmente associados ao modo de ser do sistema da *common law*, embora seja necessário, para explicar o *binding precedent*, investigarmos como ele foi concebido em sua origem.

2. Súmula vinculante: generalidades

O Brasil conhece a utilidade da súmula da jurisprudência dominante, aqui introduzidas por obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, desde a década de 1960⁷. Nada obstante isso, sempre houve (e, em certa medida, ainda hoje há) resistência à adoção de enunciados da súmula com efeito vinculante. Os argumentos contrários, que trataremos mais à frente, variam desde a inconstitucionalidade material, por ofensa à separação dos Poderes ou às garantias do acesso à Justiça e do juiz natural, até a ausência de oportunidade e conveniência necessárias a embasar uma modificação no texto constitucional.

Súmula é o conjunto de enunciados que sintetizam o entendimento consolidado de um dado tribunal ou órgão fracionário acerca de determinado assunto que lhe tenha sido submetido por intermédio de recursos ou ações. Seu idealizador, o Ministro Victor Nunes Leal, lecionava que ela tem por objetivo buscar o meio-termo ideal da estabilidade da jurisprudência, situando-se entre a dureza dos *assentos* e a inoperância dos *prejulgados* (LEAL, 1981, p. 2).

Djanira Maria Radamés de Sá (1996, p. 54), com apoio em Nelson Nery Junior, aponta conceito semelhante, ao definir súmula como “conjunto de teses reveladoras da jurisprudência

⁶ Para uma análise profunda dos fundamentos políticos e filosóficos da atividade criativa do juiz, ver SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005. *Passim*.

⁷ Para um histórico da súmula no direito brasileiro, ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A súmula e sua evolução no Brasil. In: *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001 e NEVES, Fernando Crespo Queiroz. A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

predominante no tribunal”, gizando que “sua apresentação se dá sob a forma de verbetes numerados e sinteticamente enunciados”.

É importante salientar que, embora a EC nº 45, de 2004, tenha constitucionalizado a noção de *súmula*, que até então só era tratada pela doutrina e pelos regimentos internos dos tribunais⁸, cabe a estes estabelecer as condições e os requisitos para a sua aprovação, fazendo-se necessário observar, desde logo, que, doravante, coexistem em nosso sistema a *súmula* persuasiva ou *processual* (que já existia desde 1963) e a *súmula vinculante* ou *constitucional* (referida pelo art. 103-A da CF).

Isso porque o poder constituinte reformador não criou um instituto novo, mas meramente atribuiu efeito vinculante ao que já existia e fora concebido e moldado nos regimentos internos dos tribunais, fixando um rígido rol de requisitos específicos para a ocorrência dessa situação. Vale dizer, ao Supremo Tribunal Federal continua a ser lícito modificar o procedimento para edição de súmulas, desde que, para as súmulas vinculantes, obedeça às condições estabelecidas no art. 103-A da Constituição.

Dessarte, fica claro que os conceitos de *súmula persuasiva* e *vinculante* não se confundem, assim como não se confundem o *quorum* de aprovação, objetivos, procedimentos, tanto para aprovação, quanto para revisão e cancelamento, e via impugnativa em caso de descumprimento. É importante, porém, delimitar o conceito e o campo de atuação de cada uma delas, de modo a fixar, com o necessário rigor científico, os efeitos que decorrem de cada uma.

3. Súmula persuasiva e súmula vinculante

Em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade estritamente persuasiva, embora haja quem defenda que eles sempre vinculam os tribunais e juízes inferiores. A defesa mais veemente sobre a existência do efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, já no vigente sistema, é feita por Calmon de Passos, que sustenta que entender inexistente tal efeito seria desprover os tribunais superiores de sua função primordial, que é a uniformização do direito federal (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 288-289).

Tal posicionamento tem sustentação pragmática, e, se fosse adotado largamente, reduziria em grande parte o fluxo de recursos versando matérias repetitivas. Isso porque, fixada pelos tribunais – especialmente os superiores – a interpretação sobre determinado

⁸ As reformas do Código de Processo Civil do final da década de 1990, porém, marcaram o início do movimento de atribuição de efeitos processuais aos enunciados da *súmula* tanto do STF quanto dos tribunais superiores (ver, por exemplo, os arts. 475, § 3º; 518, § 1º; 543-A, § 3º; 544, § 3º; 557, *caput* e § 1º-A, todos do CPC).

dispositivo legal, tal interpretação vincularia os juízes e tribunais a ele subordinados hierarquicamente, o que tornaria nosso sistema praticamente idêntico ao norte-americano.

Esse, porém, não é o entendimento majoritário sobre o tema. Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 375), tratando do sistema adotado pelo Brasil, observa com acuidade que nosso modelo político-jurídico tem como matriz a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade. Disso se conclui que “a jurisprudência, mesmo sumulada, não se reveste – **de lege lata** – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da **natural proeminência e respeitabilidade** que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas” (MANCUSO, 2001, p. 375).

Parece-nos que a razão está com Rodolfo de Camargo Mancuso. Veremos adiante, ao tratarmos da doutrina do *stare decisis*, quais as razões políticas que tornam impossível a sobrevivência do sistema da *common law* sem os *binding precedents*.

No Brasil, a regra é que a decisão judicial só tem eficácia entre as partes e os precedentes caráter meramente persuasivo, servindo, tão-somente, de orientação para a livre convicção do juiz (Código de Processo Civil, art. 131), que pode ou não se filiar ao entendimento manifestado pelo tribunal⁹⁻¹⁰. Realmente, apenas nas situações excepcionais previstas pelo próprio texto constitucional é que os precedentes desbordam da eficácia *inter partes* que lhes é peculiar, para alcançar efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. Afora as hipóteses de processo objetivo (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), a Constituição apenas atribui tal efeito à súmula vinculante.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 334), após ponderar sobre o conceito de Alfredo Buzaid de *súmula da jurisprudência dominante*, sustenta que a eficácia natural da súmula é insuficiente para atingir o objetivo que a inspirou: a prevenção dos excessos da

⁹ Vicente de Paula Maciel Junior (1994, p. 162), no particular, assevera que “a lei é a estabilidade de cada um que por ela é alcançado. É o parâmetro abstrato ao qual todos se submetem. A vinculação já existe em decorrência da existência da lei, que por ser imperativa incide sobre cada pessoa de um determinado país, que não pode afastar sua aplicabilidade em face do princípio da inevitabilidade. A adequação da lei aos novos valores que mudam na sociedade se dá exatamente em virtude da possibilidade de o Juiz interpretar a norma à luz dos novos fatos, fazendo uma releitura de seus termos em face das necessidades atuais da comunidade.”.

¹⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 331) pondera que, “tirante a hipótese de súmula vinculante, a jurisprudência, tout court, ainda que sumulada, se torna impositiva apenas sob dois enfoques: para o próprio Tribunal (que, logicamente, prestigiará sua própria súmula) e em face do caso concreto em que fora suscitado o incidente de uniformização (CPC, art. 479). Isso porque, em relação aos demais casos análogos, pendentes ou futuros, a súmula, a rigor, opera uma **força persuasiva**, influenciando (ainda que poderosamente) na convicção do julgador, mas sem **obrigá-lo**, propriamente, a perfilhar a tese assentada.”

divergência jurisprudencial, razão pela qual defende que aos enunciados sumulares seja acrescida força vinculante.

O professor da Faculdade do Largo de São Francisco busca apoio para a sua tese no voto-condutor do Recurso Extraordinário nº 101.214-5/RS, da relatoria do Ministro Oscar Corrêa¹¹, no qual se sustenta que a função das súmulas não pode ser a de mero direcionamento do caminho a ser trilhado pelos juízes e tribunais inferiores.

De qualquer modo, outros traços distintivos entre súmula processual (persuasiva) e constitucional (vinculante) se apresentam. Restrinjamo-nos ao Supremo Tribunal Federal para facilitar a análise.

O primeiro traço distintivo é o objetivo [*rectius*: objeto]: enquanto a súmula processual se dirige a compendiar os entendimentos firmados pelo tribunal, podendo, em tese, versar indistintamente sobre qualquer questão sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante, consoante disposição expressa do § 1º do art. 103-A constitucional, possui contornos muito mais rígidos, e somente se voltará sobre a *validade, interpretação e eficácia de normas determinadas* sobre as quais paire controvérsia *atual* entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública e, dessa controvérsia, exsurja *grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica*. Não basta, portanto, que se preencha algum ou alguns dos requisitos mencionados. É imperioso, para que o suporte fático seja apto a dar sustentação à edição de enunciado da súmula vinculante, que todos os requisitos estejam presentes cumulativamente.

O segundo traço distintivo digno de nota é o *quorum* de deliberação: enquanto o § 1º do art. 102 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal fixa que “a inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, serão deliberados em Plenário, por *maioria absoluta*”, o *caput* do art. 103-A da Constituição da República se refere a decisão tomada por *dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal*. Vale dizer, enquanto que para a súmula processual basta a concordância de seis ministros, para a súmula constitucional é necessária a anuência de no mínimo oito ministros.

O terceiro traço distintivo é a forma de revisão e cancelamento de enunciados, vez que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, prevê para a súmula constitucional duas modalidades de procedimento: um autônomo e outro incidental.

¹¹ Nesse voto, o Ministro Oscar Corrêa assevera que “*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, desnecessariamente, a iniciativa da parte, exigem-se ônus injustificáveis e require-se prestação jurisdicional que se poderia e deveria evitar*” (MANCUSO, 2001, p. 335).

O quarto traço reside no tom político que se deu aos enunciados da súmula vinculante quando a Constituição enunciou um rol mínimo de legitimados, que pode ser ampliado, mas jamais reduzido, por lei federal, para provocar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciados.

O quinto traço é a existência de um instrumento atípico no direito brasileiro, segundo o qual, havendo enunciado da súmula vinculante num dado sentido, a decisão ou o ato administrativo que o contrariar torna-se suscetível de impugnação por reclamação dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

4. A doutrina do *stare decisis*

A jurisprudência tem funções distintas nos sistemas da *civil law* e da *common law*¹². Embora nos sistemas romano-germânicos possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direitos. Ao contrário, na *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Isso porque, sendo a regra da *common law* a *lex non scriptae*, se cada juiz pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Vale observar que essa liberdade é possível na *civil law* em razão de a lei *per se* trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que o cidadão pode extrair, independentemente de ir ao judiciário buscar a tutela para determinado direito subjetivo que afirme violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica à *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes¹³.

A doutrina do precedente, adotada com peculiaridades nos Estados Unidos e na Inglaterra, estatui que as decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nesses últimos.

A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que a explicam: a *estrita* e a *atenuada*. Ronald Dworkin (1999, p. 30)

¹² Rodolfo de Camargo Mancuso (2001, p. 37-54) disserta sobre a natureza jurídica da jurisprudência, debruçando-se especialmente sobre o sistema da *civil law*.

¹³ Concorda Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 153-154), para quem o efeito vinculante do precedente na *common law* é ditado pela necessidade de estabilidade e segurança do direito, de modo que, onde há direito escrito, é desnecessário e mesmo desaconselhável que os tribunais estratifiquem sua orientação, trancando a dinâmica do direito (pois é legítimo que haja evolução do direito, à vista da mobilidade social, do desenvolvimento e mudanças dos valores que formaram sua interpretação).

explica que a corrente estrita “**obriga** os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas”. O professor norte-americano anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos” (1999, p. 30).

A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, estatuidando que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor (DWORKIN, 1999, p. 32)¹⁴.

Tentando fazer uma rudimentar comparação entre a doutrina do precedente dos países da *common law* e a eficácia persuasiva e vinculante da súmula do sistema brasileiro, observamos que a teoria atenuada da doutrina do precedente aponta um meio termo entre força persuasiva e vinculante da súmula. Interessante notar que o caminho ora trilhado pelo Brasil é diametralmente oposto ao que seguem os Estados Unidos e, mais recentemente, a Inglaterra.

Pode-se afirmar que enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes por meio de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio¹⁵.

¹⁴ Para Dworkin (2001, p. 32), “essa doutrina atenuada pode adotar as decisões anteriores não somente de tribunais acima do juiz, ou no mesmo nível de sua jurisdição, mas também de tribunais de outros estados ou países. Obviamente, depende de quão forte se considere a presunção inicial. Uma vez mais, as opiniões variam entre advogados de diferentes jurisdições, mas também é provável que variem, numa mesma jurisdição, em muito maior grau do que a opinião sobre as dimensões da doutrina estrita. Contudo, é mais provável que qualquer juiz atribua mais importância a decisões anteriores de tribunais superiores de sua própria jurisdição, e a decisões anteriores de todos os tribunais, superiores e inferiores de sua jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições. Ele também pode atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às anteriores, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres, etc. Há duas décadas, a Câmara dos Lordes declarou que a doutrina estrita do precedente não exige que se adotem as decisões que ela mesma tomou no passado – antes dessa declaração, os juristas britânicos presumiam que a doutrina estrita impunha tal exigência –, mas a Câmara dos Lordes, não obstante, atribui grande importância a suas decisões passadas de instâncias inferiores da hierarquia britânica, e muito mais que as decisões de tribunais norte-americanos”.

¹⁵ Esse fato é comprovável pelo que vem sendo chamada de *jurisprudence constante*, que é conceituada por Vincy Fon e Francesco Parisi (s/d, p. 4) como “*the doctrine under which a court is required to take past decisions into account only if there is sufficient uniformity in previous case law. No single decision binds a court and no relevance is given to split case law. Once uniform case law develops, courts treat precedents as a persuasive source of law, taking them into account when reaching a decision. The higher the level of uniformity in past precedents, the greater the persuasive force of case law. Considerable authoritative force therefore stems from a consolidated trend of decisions on any given legal issue*”. Sustentam que a doutrina da *jurisprudence constante* vem sendo aplicada na França e na Alemanha e no estado norte-americano da Louisiana.

O fato é que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos. Os países da *common law* têm manifestado uma tendência de escrituração de suas leis, tradicionalmente não escritas. Prova disso são as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra e o fenômeno que, nos Estados Unidos, o professor da *Yale Law School* Guido Calabresi chamou de *age of statutes*¹⁶. Por outro lado, os sistemas da *civil law* paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes. René David (2002), em seu clássico sobre os grandes sistemas de direito, excursiona por sistemas da *civil law* para demonstrar que, excepcionalmente, é possível fazer com que se torne obrigatório para os juízes seguirem precedentes¹⁷.

Robert Alexy (2001, p. 258) também observou tal fenômeno, ponderando que atualmente, mesmo na Europa continental, atribui-se importância aos precedentes. Salienta que o objeto de discussão atualmente é a posição teórica dos precedentes, de modo que a disputa se concentra sobretudo na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos.

Relaciona-se com o *judicial law-making* outra discussão que tem merecido espaço nos Estados Unidos e na Inglaterra. Trata-se da indagação sobre se, no exercício da jurisdição, os

¹⁶ Essa *Era dos Estatutos*, segundo anotam William N. Eskridge, Jr. e Philip P. Frickey (2004, p. 569), tem feito com que as leis escritas “*have become the primary, dominant source of American law*”, o que chamou a atenção de Guido Calabresi (1982) para a necessidade de se garantir aos tribunais norte-americanos maiores poderes para lidar com a nova situação, assegurando-lhes a possibilidade de atualizar as leis escritas. Interessante que a proposta de Guido Calabresi, assim como a súmula vinculante brasileira, encontrou sua maior objeção no princípio da separação dos Poderes. Em linhas gerais, a tese de Guido Calabresi é bem explicada por Edward J. Imwinkelreid (s/d, p. 6): “*In this light, Judge Calabresi has advanced his fascinating proposal for a common law for the Age of Statutes. He argues that the courts are competent to decide whether a statute is anachronistic because it has become inconsistent with the modern legal environment, framework, landscape, or topography. The court must determine whether the statute is out-of-date. In Judge Calabresi’s view, when a court reaches that determination, the court should be empowered to ‘update’ the statute in order to make it consistent with a changing world and a changing legal topography*” (p. 6).

¹⁷ Pondera René David (2002, p. 160-161): “*A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados no jornal oficial federal (Bundesgesetzblatt). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (Diário da República) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado. O papel criador do direito da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de **doctrina legal**. Admite-se, em virtude da lei, neste país, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a **doctrina legal**, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal. Uma noção análoga à **doctrina legal** espanhola é admitida em Honduras e no México, nas matérias que dizem respeito às liberdades públicas (**amparo**). De modo análogo, considera-se na Alemanha que, 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. O mesmo não se passa na Suíça, mas as modificações da jurisprudência são, neste país, muito raras depois de o Tribunal Federal se ter pronunciado.*”

magistrados da *common law* podem tomar decisões políticas. Esse tema é especialmente relevante para o objeto deste estudo, pois pode revelar, com base na experiência estrangeira, os limites da ação do Supremo Tribunal Federal brasileiro no uso do poder de edição de enunciados da súmula com efeito vinculante.

Ronald Dworkin (2000) relata que, fundamentalmente, duas correntes têm disputado a solução para a indagação colocada: a *concepção centrada no texto legal* (2000, p. 6) e a *concepção centrada nos direitos* (2000, p. 8).

A primeira, segundo Dworkin, é majoritária na Inglaterra, e, segundo ela, “tanto quanto possível o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos” (2000, p. 6-7).

Já a segunda:

[...] pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre Estado de Direito e justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique (DWORKIN, 2000, p. 7).

Ambas as concepções, porém, negligenciam a importante distinção entre o que Dworkin chama de *argumentos de princípio político*, que recorrem aos direitos dos cidadãos perante o Estado, e *argumentos de procedimento político*, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público (DWORKIN, 2000, p. 6).

Esses conceitos são altamente relevantes para que não se desvirtue a atividade política exercida pelos juízes, seja na *common law*, seja na *civil law*. Dworkin observa que nem mesmo nos Estados Unidos, onde o sistema jurídico é calcado no costume, os *argumentos de procedimento político* devem prevalecer, pois não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre qual política pública deve ser adotada. Isso porque as opções políticas relacionadas ao bem-estar geral – ou o que Habermas chamou de *poder de disciplinar relações futuras* – não podem ser tomadas por quem não tem legitimidade para tanto, como é o caso do Poder Judiciário (DWORKIN, 2000, p. 6).

Parece-nos que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no exercício do poder de editar súmula vinculante, também deverá se restringir aos fundamentos de princípio político, não podendo cair na tentação de enveredar por *argumentos de procedimento político*, que subverteriam não só a função do tribunal, mas a própria noção de Estado.

É bem verdade que alguns mecanismos, como o que possibilita a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma jurídica questionada pela via do controle concentrado, demandam a avaliação de argumentos fundamentalmente políticos, como a repercussão social, política e econômica da medida. Todavia, é importante reforçar que os *argumentos de princípio político* devem sempre prevalecer sobre os de *procedimento político*, pois a Suprema Corte não pode subtrair do cidadão o direito subjetivo constitucional ou legalmente assegurado.

5. A súmula no direito luso-brasileiro

Os assentos expedidos pela Casa de Suplicação¹⁸ chegaram a ter vigência no sistema brasileiro por força das Ordenações Manuelinas e Filipinas e pela Lei da Boa Razão, no campo cível, até a entrada em vigor do Código Civil em 1917.

O professor português Castanheira Neves (1983) delinea os assentos como prescrições normativas tomadas *ex-novo*, e não como fruto da manifestação reiterada da Corte¹⁹. São eles, portanto, critérios jurídicos, universalmente vinculantes, mediante enunciado de normas gerais e abstratas, *stricto sensu*, prescritos por um órgão judicial. Eles se distinguem de outros institutos do direito comparado como a *doctrina legal* espanhola e a *jurisprudência obrigatória* mexicana porque, nestes, o que se torna vinculante é a orientação jurídica firmada em jurisprudência estabilizada e reiterada, ao passo que naqueles não há exigência de teses jurisprudenciais em conflito (NEVES, 1997, p. 227). Por essa razão, arremata Castanheira Neves, “o assento é ‘norma’ (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não ‘jurisprudência’ (consagração de soluções que vêm do passado e persistem)” (1983, p. 11).

Segundo observa Mônica Sifuentes, a origem dos assentos está relacionada ao instituto das “façanhas”, adotado em Portugal em meados do século XII, que consistiam “nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciava em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei” (2005, p. 190).

Mônica Sifuentes (2005, p. 1999) leciona que em Portugal os assentos perderam espaço com a promulgação da Constituição de 1976, que proibiu a eficácia externa dos atos interpretativos, até ser banida a sua força obrigatória geral por obra do acórdão nº 810, de 1993, do Tribunal Constitucional, que julgou essas características ofensivas ao art. 115º da

¹⁸ Segundo informa Mônica Sifuentes (2005, p. 187), “a Casa de Suplicação pode ser considerada como o atual Supremo Tribunal, pois decidia em última instância, na monarquia portuguesa”.

¹⁹ Para o professor português, “com os assentos que os nossos Supremos Tribunais, funcionando em tribunal pleno, podem emitir para resolver um ‘conflito de jurisprudência’ – e que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se decida na solução desse conflito, numa prescrição normativa ‘com força obrigatória geral’”. (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 1).

Constituição Portuguesa, de modo que permaneceu intacta a doutrina exposta nos assentos (sua força vinculativa se restringia, porém, aos tribunais judiciais, transformando-se em fonte interna de direito).

No Brasil, após discussões em torno da instituição de mecanismo semelhante aos assentos (especialmente no anteprojeto de lei geral de aplicação de normas jurídicas, elaborado por Haroldo Valadão), a súmula foi instituída, como vimos, por obra do Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, tendo como base legal a Emenda Regimental de 30 de agosto de 1963.

Essa súmula, tal como concebida, deveria apenas vincular o próprio Supremo Tribunal Federal, simplificando a motivação de suas decisões. Tinha ela, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, portanto, eficácia meramente persuasiva.

Modificações na legislação infraconstitucional, todavia, desde a Lei nº 8.080, de 1990, têm trazido certo efeito vinculante – embora não traga eficácia *erga omnes* – tanto à súmula quanto à jurisprudência dominante dos tribunais.

6. A intervenção do *amicus curiae* como meio de legitimação democrática da Súmula Vinculante

O avanço do sistema jurídico brasileiro na direção da *common law* tem sido acompanhado de mecanismos de legitimação democrática das decisões do Poder Judiciário que extrapolem o mero interesse subjetivo dos litigantes. No caso específico da súmula vinculante, dada a ingerência direta que sua edição terá sobre um sem-número de relações jurídicas, a existência de uma forma de participação social que confira legitimidade aos enunciados é verdadeiro imperativo democrático.

Nessa linha, a Lei nº 11.417, de 2006, prevê, no § 2º do art. 3º, que “[n]o procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

De acordo com as ideias hoje cristalizadas em torno das modalidades de *intervenção de terceiros* vigentes no processo civil brasileiro, calha, de plano, a pergunta sobre que modalidade está prevista no dispositivo em tela. Em nosso modo de ver, o CPC é insuficiente para esclarecer o tipo de participação previsto na lei da súmula vinculante, porquanto não temos dúvida de que o STF não exerce função jurisdicional quando edita, revisa ou cancela enunciado da súmula vinculante.

Sendo assim, persiste a dúvida: quem é o terceiro que o relator pode admitir a se pronunciar nos autos no momento do exame da repercussão geral?

Em nossa opinião, visto que as formas clássicas de intervenção de terceiros são insuficientes para determinar a modalidade de participação admitida pelo § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417, de 2006, cabe analisar o problema identificado por Cássio Scarpinella Bueno:

Seja porque determinadas decisões têm efeitos vinculantes, seja, quando menos, porque têm efeitos “meramente persuasivos”, nunca, para a nossa experiência jurídica, foi tão importante saber o que e como os tribunais decidem as mais variadas questões. E saber como eles decidiram para saber como eles vão decidir nos sucessivos “novos” casos que lhe são postos para julgamento.

Se há nisso ecos de “previsibilidade”, de “igualdade” e de “segurança jurídica”, não há como negar que também se pode ouvir uma questão que vem facilmente à tona: como alguém pode ser afetado de maneira tão intensa por um julgamento do qual não participou, do qual não podia participar e sequer sabe que existiu? E a indagação nos parece relevante mesmo quando o “ser afetado” pela decisão pretérita significa, pelo menos, que o procedimento a ser adotado para resolução de uma lide sofrerá alterações profundas justamente em face do que *inter alios* já se decidiu (BUENO, 2006, p. 36-38).

Segundo nos parece, o *interesse* que o *amicus curiae* tem em intervir no processo é distinto do *interesse jurídico*, categoria tradicional vinculada a uma concepção individualista do processo. Ao invés disso, pensamos que assiste razão a Cássio Scarpinella Bueno quando, com lastro em boa doutrina, afirma que a justificativa da intervenção do *amicus* está no *interesse público* que emerge da questão posta em juízo.

Acrescentaríamos que a autorização para manifestação de terceiros tem associação direta com o impacto que a súmula vinculante exercerá sobre futuras decisões da Administração Pública e do Poder Judiciário, e, nesse particular, a manifestação do *amicus curiae* confere à súmula vinculante legitimação democrática.

Neste ponto, merece destaque recente posição do STF que nos parece equivocada e precisa ser rapidamente corrigida, sob pena de se comprometer a própria concepção de súmula vinculante.

A Corte, durante a sessão administrativa que deliberou sobre a edição do Enunciado nº 2 da Súmula Vinculante, seguiu a manifestação da então Presidente, Ministra Ellen Gracie, acerca da inviabilidade de intervenção do *amicus curiae* quando o procedimento fosse instaurado *ex officio* pelo próprio STF²⁰.

²⁰ “Dentre as deliberações conjuntas tomadas na Sessão Administrativa de 23.4.2007, foi aprovada a utilização de um procedimento *ad hoc*, de natureza simplificada, para a edição de enunciados de súmulas vinculantes de iniciativa interna, ou seja, produzidas por construção coletiva dos próprios membros da Corte, atuação que representará mera cristalização da jurisprudência pacificada no Tribunal. Naquela oportunidade, manifestei-me asseverando que nesse procedimento - distinto do que será implementado, por regulamentação regimental, no caso de provocação externa, que se dará por meio da atuação dos legitimados arrolados no art. 3º da Lei 11.417/2006 – não há que se falar em admissão formal de terceiros. Essa conclusão é

O argumento utilizado foi o de que “a figura do relator somente faz sentido quando a Corte for provocada a editar, a revisar ou a cancelar determinada súmula vinculante, instaurando-se aí verdadeiro contraditório, com abertura de prazos, oitiva de interessados e admissão de manifestação de terceiros”, razão pela qual, agindo o STF de ofício, não haveria incidência de norma legal e, portanto, estaria vedada a manifestação do *amicus curiae*.

Optou-se, como se percebe, pela interpretação fácil, rasa e literal, olvidando-se não apenas o real motivo que levou o legislador a inserir o dispositivo no texto legal, mas também, e ainda mais importante, que mesmo quando o STF está por cristalizar jurisprudência pacificada, a simples adição de efeito vinculante já justificaria a participação social, que em hipótese alguma pode ser vista como nefasta.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1982.

CALMON DE PASSOS, J. J. Súmulas vinculantes. In: *Revista Ciência Jurídica*. Ano 13, vol. 85, janeiro-fevereiro, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

reforçada pela letra do art. 2º, § 2º, da Lei 11.417/06, que atribui ao relator do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado, a prerrogativa de admitir a manifestação de terceiros na questão. Ora, a figura do relator somente faz sentido quando a Corte for provocada a editar, a revisar ou a cancelar determinada súmula vinculante, instaurando-se aí verdadeiro contraditório, com abertura de prazos, oitiva de interessados e admissão de manifestação de terceiros” (DJE nº 78/2007, disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf>. Acesso em 21/7/2008, às 3h03).

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESKRIDGE, William N. *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*. Saint Paul: Thomson west, 2004.

FON, Vincy e PARISI, Francesco. *Judicial precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis*. In George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series, Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=534504>. Acesso em 23 de dezembro de 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IMWINKELREID, Edward J. *A more Modest Proposal than "A Common Law for the Age of Statutes": Greater Reliance in Statutory Interpretation on the Concept of Interpretative Intention*. Albany Law Review, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=684251>>. Acesso em 22 de dezembro de 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. In: *Revista de Direito Administrativo*. N. 145, julho-setembro, 1981.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. O efeito vinculante das súmulas e enunciados. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. V. 34, n. 34, 1994.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NEVES, Fernando Crespo Queiroz. A influência das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na admissibilidade dos recursos extraordinário e especial. In: *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, Saulo. Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores. In: *Revista da ESMape*. Vol. 4, n. 9, janeiro-junho, 1999.

SÁ, Djanira Radamés de. *Súmula vinculante: análise de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

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

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A súmula e sua evolução no Brasil. In: TEIXEIRA Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.