

TEMAS DE DIREITO PROFESSUAL

JOSÉ CARLOS
BARBOSA MOREIRA

Nona Série



Editora
Saraiva

SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE: UMA ESCALADA E SEUS RISCOS*

1. Introdução. 2. O moderno direito brasileiro. 3. Eficácia vinculante na Constituição da República e na Emenda Constitucional nº 45, de 2004. 4. Os novos projetos de reforma do Código de Processo Civil. 5. Uma visão panorâmica. 6. Observações finais.

1. INTRODUÇÃO

Tem variado bastante entre nós, ao longo dos anos, o peso da jurisprudência sobre o sentido em que deve julgar o juiz. O velho direito lusitano conheceu a figura dos “assentos”: um colegiado de Desembargadores (a “Mesa grande”) fixava o entendimento que se devia dar a determinada ordenação, e que se inscrevia no “livro da Relação”, “para depois não vir em dúvida”. Daí em diante, o magistrado que deixasse de observar aquele entendimento sujeitava-se até a ser suspenso¹. O instituto subsistiu por muito tempo: consoante o art. 2º do Código Civil português, “nos casos declarados na lei”, poderiam os tribunais “fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo Decreto-lei nº 329-A, de 12-12-1995.

No Brasil imperial, o Supremo Tribunal de Justiça tinha competência para “tomar assentos para a inteligência das leis civis, comerciais e criminais”, quando na respectiva aplicação ocorressem “dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes”². A República não recolheu esse legado; em

* Publicado em *Rev. Dialética de Dir. Proc.*, nº 27, *Rev. de Dir. Renovar*, nº 31, *Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civ.*, nº 35, *Rev. de Dir. do TJRJ*, v. 64, *Juris Plenum*, nº 4.

1. Ord. Fil., L. I, T. V, § 5º. Sobre a força dos assentos da Casa de Suplicação, vide os Decretos de 4-2-1684 e de 20-6-1703, bem como o § 6º da Lei de 18-8-1769. Na doutrina pátria, cuida extensamente do assunto RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, 2ª ed., S. Paulo, 2001, p. 206 e s.

2. Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao processo civil, de RIBAS, aprovada pela Resolução de 21-12-1876, art. 156, § 3º, cuja parte final remete aos Decretos nº 2.684, de 23-10-1875, e nº 6.142, de 10-3-1876.

todo caso, na Constituição de 1891, o art. 59, § 2º, determinava que a justiça federal consultasse a jurisprudência dos tribunais locais, quando houvesse de aplicar leis dos Estados, e vice-versa: as justiças estaduais deveriam consultar a jurisprudência dos tribunais federais, quando lhes coubesse interpretar leis da União.

Na verdade, a jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria, a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça. Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub iudice*. Não raro, a motivação *reduz-se* à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes — operação a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 — e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores.

2. O MODERNO DIREITO BRASILEIRO

A evolução recente do direito brasileiro, no particular, teve marco importante na criação, em 1963, da *Súmula da Jurisprudência Predominante* do Supremo Tribunal Federal. Inspirava-se ela no propósito de atenuar o crônico problema da sobrecarga de trabalho da Corte Suprema — e, indiretamente, do Judiciário como um todo. Normas regimentais atribuíram efeitos relevantes à inclusão de uma tese jurídica na *Súmula*; ela chegou a influir na questão do cabimento do recurso extraordinário, na época em que o Supremo Tribunal Federal se viu constitucionalmente autorizado a regular a matéria: assim, as restrições a que se submetia o cabimento não prevaleciam nos casos de divergência entre a decisão impugnada e a *Súmula*³.

Embora nenhuma disposição legal conferisse eficácia vinculativa às proposições insertas na *Súmula*, ela veio a exercer, na prática, enorme

3. *Vide*, por exemplo, o art. 325, nº II, do Regimento Interno, na redação da Emenda nº 2, de 1985.

influência nos julgamentos, quer de juízos de primeiro grau, quer de tribunais. Não foram frequentes as sentenças e acórdãos que se animaram a discrepar de alguma tese constante da *Súmula*. Juízes havia, e não só na primeira instância, que se limitavam a aludir à *Súmula* como fundamento de suas decisões, se bem que a rigor, insistia-se, semelhante referência não satisfizesse o requisito legal (e depois constitucional) da motivação. É pena que não se haja tomado a iniciativa de colher dados e elaborar estatísticas, a cuja luz se pudesse medir objetivamente o impacto produzido pela instituição da *Súmula* na quantidade de processos e na respectiva duração: como sói acontecer entre nós, e sem embargo do juízo favorável que predominou nos meios judiciais, ficamos imersos na penumbra do impressionismo — ignorantes, v. g., do número de recursos extraordinários arquivados por decisão do relator, porque contrária à *Súmula* a tese do recorrente, ou da diminuição do tempo empregado pelo Supremo Tribunal Federal para julgar os recursos que remanesciam.

O anteprojeto do Código de Processo Civil, de autoria de ALFREDO BUZAID, intentou ressuscitar o mecanismo dos antigos assentos. Resolvido o incidente da uniformização da jurisprudência, a decisão sobre a tese jurídica tomada pela maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal — do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça, conforme se tratasse, respectivamente, de norma jurídica federal ou estadual —, seria obrigatória enquanto não modificada por outro acórdão proferido na mesma forma. Caberia ao presidente do tribunal, em obediência ao decidido, baixar assento, que teria força de lei 45 dias após a publicação oficial (arts. 518, 519 e 520, parágrafo único). Tal sistemática foi criticada em sede doutrinária, antes de mais nada por inconstitucional. O projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei e deu à matéria nova feição, inspirada na *Súmula* do Supremo Tribunal Federal e conservada, com alterações de pormenor, pelo Congresso Nacional. Todavia, o expediente da uniformização de jurisprudência, regulado nos arts. 476 e s. do Código, jamais alcançou a desejada eficiência; e outro tanto se pode afirmar, já agora à luz da experiência de alguns anos, do mecanismo introduzido no art. 555, § 1º, pela Lei nº 10.352, de 27-12-2001.

Reformas sucessivas, levadas a cabo por diversas leis, foram acentuando, com intensidade crescente, o valor da jurisprudência, paralelamente alargando — registre-se *a latere* — a competência do relator para apreciar, sozinho, a matéria *sub iudice*. A Lei nº 8.038, de 28-5-1990, tornou-o competente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal

de Justiça, para negar seguimento a pedido ou recurso que contrariasse, “nas questões predominantemente de direito, *Súmula* do respectivo tribunal”. Sobreveio a Lei nº 9.139, de 30-11-1995, que, mediante alteração do art. 557 do Código, estendeu aos tribunais em geral a atribuição de competência ao relator para negar seguimento a qualquer recurso “contrário à súmula do respectivo tribunal ou de tribunal superior”. Novos e largos passos daria no mesmo sentido a Lei nº 9.756, de 17-12-1998. Fez ela competente o relator, em certos casos, não apenas para “negar seguimento” a recurso, quando “em confronto com súmula ou com jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”, senão para dar-lhe provimento, por decisão monocrática, sempre que a recorrida se achasse “em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (arts. 544, § 3º, e 557, *caput* e § 1º-A, na redação dada pelo citado diploma legal)⁴. Também autorizou o relator do conflito de competência a decidi-lo de plano, sempre que exista “jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada” (parágrafo único acrescentado ao art. 120 do CPC).

3. EFICÁCIA VINCULANTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45, DE 2004

Compreensivelmente, sobe de ponto a preocupação com a uniformidade em se tratando de matéria constitucional. Já não representa novidade a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em ação direta de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo⁵. A

4. Sobre toda essa evolução, BARBOSA MOREIRA, *Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos civis*, in *Temas de Direito Processual (Sétima Série)*, S. Paulo, 2001, p. 71 e s., espec. 73/5. e *Reformas do CPC em matéria de recursos*, in *Temas (Oitava Série)*, S. Paulo, 2004, p. 143 e s., espec. 150/1, trabalhos aos quais remetemos o leitor, inclusive para a crítica da terminologia imprópria e, em geral, da deficiente técnica legislativa empregada nesses diplomas.

5. *Vide* o art. 102, § 2º, da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 10-11-1999, e o art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882, de 3-12-1999. Mesmo antes, quanto à ação direta de declaração de *inconstitucionalidade*, que preexistia, sempre se entendeu que a decisão do Supremo Tribunal Federal produzia aqueles efeitos. Cf., agora, o art. 102, § 2º, da Carta Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004.

Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004, engendrou novo mecanismo vinculativo, por meio de acréscimo à Carta da República, da qual se tornou o art. 103-A. De acordo com o texto, poderá o Supremo Tribunal Federal, mediante decisão de dois terços de seus membros, “após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Constitui pressuposto desse ato a existência de “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública”, acerca da validade, interpretação e eficácia “de normas determinadas”, a qual “acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

A criação da impropriamente chamada “súmula vinculante”⁶, como é notório, provocou (e continua a provocar) fortes controvérsias; há quem a defenda com veemência e quem a critique apaixonadamente — com argumentos, de uma e de outra banda, diga-se de passagem, nem sempre consistentes. Chegou-se a propor a alternativa de configurar diversamente a eficácia vinculante: em vez de compelir-se o órgão judicial a adotar a tese consagrada — o que, ao ver de muitos, atentaria contra a independência do juiz —, tornar-se-ia inadmissível o recurso porventura interposto contra decisão que àquela tese se afeiçoasse; a isso se chamou “súmula impeditiva de recurso”. Semelhante providência, conjugada com o poder, atribuído ao relator pelo art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, de dar provimento a recurso interposto contra decisão divergente de súmula ou de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, bastaria — argumenta-se — para atingir os objetivos que se têm em vista, e seria até mais eficiente, em tal perspectiva, do que a “súmula vinculante”⁷. A proposta foi acolhida no Senado, com relação ao

6. Justifica-se o “impropriamente” pelo fato de que a palavra “súmula”, inclusive em documentos oficiais (como o Regimento Interno do STF, arts. 102 e 103), não é empregada com referência a *cada uma* das proposições ou teses jurídicas consagradas pela Corte (ou, ajunte-se, por qualquer tribunal), senão para designar o respectivo *conjunto*, que lhe resume a jurisprudência: essa, aliás, a acepção abonada pela etimologia e acolhida pelos dicionários: *vide*, por exemplo, o verbete pertinente do *Novo Aurélio*, que define “súmula” como “pequena suma; breve resumo; epítome, sinopse”.

7. Nesse sentido, por exemplo, ALEXANDRE NERY DE OLIVEIRA, *Súmula: efeito impeditivo de recursos versus efeito vinculante*, no volume *Reforma do Judiciário* (coletânea de propostas encaminhadas aos senadores pela Associação dos Magistrados Brasileiros), p. 59 e s.

Superior Tribunal de Justiça (art. 105-A) e ao Tribunal Superior do Trabalho (art. 112-A); mas nesses pontos, que representam inovações em relação ao que a Câmara dos Deputados aprovava, o projeto de emenda constitucional teve de voltar àquela casa do Congresso⁸.

Seja como for, a eficácia vinculante, no texto da Carta da República, tal como resultou da Emenda nº 45, está rigorosamente limitada às hipóteses previstas no art. 103-A e subordinada ao concurso (que o Supremo Tribunal Federal não pode dispensar) dos pressupostos ali enumerados. A inclusão de qualquer proposição sem observância de tais limites e pressupostos violará a Constituição. As proposições que já constavam da *Súmula* da Corte só adquirirão eficácia vinculante se e quando forem confirmadas por dois terços, no mínimo, dos Ministros (art. 8º da Emenda nº 45) — confirmação que terá de levar em conta os requisitos do art. 103-A, exigíveis com relação àquelas não menos que às proposições supervenientes.

4. OS NOVOS PROJETOS DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em fins de 2004, o Executivo federal encaminhou ao Congresso Nacional uma série de projetos de lei ordenados à reforma, em diversos pontos, do Código de Processo Civil. Vários desses projetos reforçam, em termos enérgicos, a tendência a prestigiar ao máximo a jurisprudência e os precedentes.

Um deles autoriza o órgão judicial a suspender o processo “quando a controvérsia a ser decidida na sentença versar matéria pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior, cumprindo ao juiz comunicar a suspensão ao Presidente do tribunal onde está em curso o processo análogo” (inciso VI a ser acrescentado ao art. 265). Não fica explícita a razão de ser de tal suspensão, que é facultativa (§ 6º). Segundo a conjectura mais plausível, no entanto, espera-se do juiz que venha oportunamente a conformar a sentença, na causa cujo andamento se suspendeu, à tese abraçada pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal Superior.

8. Acerca dos debates que se travaram na matéria, e bem assim dos antecedentes da PEC nº 29 (de que se originou a Emenda nº 45), *vide* RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, ob. cit., p. 324 e s., 354 e s.

Outro projeto visa a inserir no Código um art. 543-A, para instituir mecanismo a que não cairá mal a denominação de “recurso extraordinário por amostragem”. “Quando se verificar multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, reza o *caput*, “caberá ao Presidente do Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal, ficando suspensos os demais processos até o pronunciamento definitivo dessa Corte” (§ 1º). Publicado que seja o acórdão do Supremo Tribunal Federal (que presumivelmente há de julgar em conjunto os recursos-amostras, se mais de um houver), “os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turma de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados” (§ 6º). Entende-se que o “juízo de retratação” terá lugar nos casos em que o órgão haja adotado, na decisão extraordinariamente recorrida, tese diferente da esposada quando do julgamento dos “recursos-amostras”; se, ao contrário, forem coincidentes as teses, os recursos sobrestados se haverão por “prejudicados” — transitando em julgado, conseqüentemente, os acórdãos contra os quais tinham eles sido interpostos. Contempla o projeto, entretanto, a possibilidade de que, na primeira hipótese, o órgão *a quo*, em vez de retratar-se, mantenha a decisão. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal “poderá determinar sumariamente a cassação das decisões contrárias à orientação firmada no acórdão” (§ 7º); não diz o projeto, em termos expressos, o que acontecerá com o processo suspenso em que se “cassarem” as decisões, nem, em particular, *o que as substituirá*.

Sempre de acordo com o mesmo projeto, o relator do recurso extraordinário, “verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”, poderá “conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, *ad referendum* do Plenário, medida liminar para determinar a suspensão, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento dessa Corte sobre a matéria” (§ 9º). A premissa implícita é a de que os juízes desses processos terão de observar depois, no momento de proferir a sentença, a tese prestigiada pela súmula ou pela jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Não esclarece o texto que mecanismo se usará para identificar, no país inteiro, os feitos em que esteja configurada a controvérsia.

Ainda outro projeto mira a dar ao art. 518 do estatuto processual um parágrafo a cuja luz “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. Fica evidente que se deseja antecipar, por via da legislação ordinária, algo (ou muito) de proposta constante do projeto de reforma da Constituição, na parte que pende da reapreciação pela Câmara dos Deputados, a saber, a denominada “súmula impeditiva de recurso” (*supra*, item 3). Não deixa isso de ser curioso: ou a inovação prescinde de autorização constitucional, e não se percebe o porquê de sua inserção naquele projeto, ou precisa dela, e simples lei ordinária não pode consagrá-la sem ferir a Carta da República.

Last but not least, projeta-se novo acréscimo ao texto do Código, sob a forma de um art. 285-A, com o seguinte teor: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito, em processos repetitivos e sem qualquer singularidade, e no juízo já houver sentença de total improcedência em caso análogo, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença reproduzindo a anteriormente prolatada”.

5. UMA VISÃO PANORÂMICA

O panorama espelhado nas anotações acima sugere que se tem exagerado em medida considerável o alcance da criação da chamada “súmula vinculante” por meio da Emenda nº 45. Tanto os seus defensores quanto os seus detratores dão a impressão de enxergar nela uma carga de novidade bastante para justificar a idéia de autêntico divisor de águas: em matéria de eficácia vinculante, a história do direito brasileiro estará marcada por algo semelhante à decisão de Júlio César de atravessar o Rubicon. Haverá o “antes da Emenda” e o “depois da Emenda”: duas eras nitidamente contrapostas.

Essa impressão tende a desvanecer-se quando se olha mais de perto a realidade. Primeiro, porque mesmo no período anterior já era fortíssima, na prática judiciária, a propensão dos órgãos judiciais de primeiro e segundo grau a conformar-se à jurisprudência dos tribunais mais altos — notadamente à do Supremo Tribunal Federal, e não apenas no campo delimitado pelo novo art. 103-A da Constituição (*supra*, item 1). Se vier a ocorrer grande diferença prática, ela não resultará do comportamento de juízes e tribunais, mas do efeito inibitório a ser exercido pela “súmula vinculante” sobre os órgãos da Administração Pública, obrigados a res-

peitar as proposições revestidas desse atributo, e em especial a abster-se de litigar em sentido contrário a elas. Em verdade, tem-se imputado àqueles órgãos a responsabilidade por boa parte do ingurgitamento das vias judiciais, à vista da obstinação com que continuam a sustentar em juízo posições já muitas vezes rechaçadas pela jurisprudência — embora não necessariamente errôneas, convém ressaltar. A imputação nem sempre vem amparada, como seria de desejar, em dados estatísticos merecedores de total confiança; mas esse não é o único terreno em que costuma manifestar-se, no Brasil, aquilo a que um autor arguto designou como “*the political tradition of making empirical arguments without empirical support*”⁹.

Por outro lado, no que tange aos órgãos judiciais, dose nada desprezível do que se quis inovar com a Emenda Constitucional nº 45 já vinha sendo paulatinamente inoculada, com mão de gato, por meio de leis ordinárias que reformaram o Código de Processo Civil (*vide supra*, nº 2)¹⁰. Em certos aspectos, até se foi mais longe: várias das leis reformadoras atribuíram influência decisiva — bem pouco diversa, em perspectiva prática, da eficácia vinculante prevista no atual art. 103-A da Carta da República — a *quaisquer* proposições sumuladas e mesmo, em termos gerais, à jurisprudência “predominante” ou “dominante”, ainda quando *não* entronizada em *Súmula*, nem emanada do Supremo Tribunal Federal.

Que pensar dos novos projetos, em tramitação no Congresso Nacional? As referências feitas oportunamente (*supra*, nº 4) evidenciam que se tenciona ampliar o transbordamento; as margens fixadas pela Emenda Constitucional nº 45 afiguram-se estreitas demais aos reformadores. Caricaturando um pouco (mas só um pouco), dia virá em que, a vingarem todas as propostas veiculadas — e outras que decerto estarão por vir, sempre no mesmo rumo —, teremos dificuldade em identificar *algum* caso

9. RUSSELL HARDIN, *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, 2003, p. 123.

10. Tivemos ocasião de dar relevo ao ponto em escrito que já data de mais de seis anos, concluído com estas palavras: “Emenda constitucional, para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciários? Ora, mas se já vamos além, e ao custo — muito mais baixo — de meras leis ordinárias (será que somente na acepção técnica da palavra?). O mingau está sendo comido pelas beiradas, e é duvidoso que a projetada emenda constitucional ainda encontre no prato o bastante para satisfazer seu apetite...” (BARBOSA MOREIRA, *Algumas inovações da Lei nº 9.756...* cit. em a nota nº 4, *supra*, p. 86).

em que *não* haja vinculação e se conceda a juízes e tribunais, por especial favor, a liberdade de julgar de acordo com seu próprio convencimento...

Proclama-se com ênfase que, onde existam, os possíveis inconvenientes de tal evolução (ou será melhor dizer escalada?) são e serão largamente compensados pelo ganho na celeridade do funcionamento da máquina judiciária. Aqui também nos defrontamos com uma dificuldade de avaliação. Já que só se podem comparar grandezas conhecidas, para chegarmos a conclusão segura acerca da repercussão de uma reforma na duração dos pleitos necessitaríamos de dois dados: um relativo ao período *anterior* à reforma, outro, ao período *posterior* a ela. Quanto duravam os processos (ou os recursos) antes da reforma e quanto passaram a durar depois dela? Sem dispormos de respostas para semelhantes perguntas, poderemos certamente colher *impressões* da experiência vivida ou observada; mas nada mais do que isso. Qualquer afirmação categórica ficará exposta à censura a que se sujeita o “argumento empírico sem base empírica”.

Ora, admitamos que se venha a tratar, no futuro, de coligir dados capazes de refletir fielmente a realidade forense, no que concerne ao tempo consumido pela tramitação de processos ou de recursos. Mesmo nessa panglossiana hipótese, a comparação esbarrará na falta de dados análogos com referência ao passado. Com efeito: que sabemos ao certo, *hoje*, sobre o assunto? No Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, a que se tem acesso no *site* do Supremo Tribunal Federal, encontram-se números de processos e de recursos distribuídos e julgados, ano por ano; nada se descobre, contudo, no tocante à respectiva duração¹¹. O então presidente da Corte, em resolução datada de 22-3-2004 e publicada no *Diário Oficial* de 24 do mesmo mês, instituiu nova sistemática, aumentando o elenco de itens a serem armazenados no Banco; entre eles figuram os chamados “indicadores judiciários”, nos quais se incluem o “tempo médio para o julgamento final na instância, contado do recebimento do processo” e o “tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou acórdão”. Decorrido um ano, esses “indicadores judiciários” permanecem ausentes do Banco. Sem eles, como será possível, daqui a algum tempo, emitir juízo que não se reduza a mero “palpite” acerca, digamos, do benefício que a adoção da chamada “súmula vinculante” supostamente trará para o ritmo da Justiça?

11. Consulta feita em 25-3-2005.

É de desejar com fervor que se vejam concretizadas, a esse respeito, as róseas esperanças de muitos. Parece lógico o raciocínio subjacente: atenta a improbabilidade (para não dizer a impossibilidade) de vitória, deixarão de ser ajuizadas quaisquer causas em que se faria necessário sustentar tese jurídica incompatível com a “súmula vinculante”. O conseqüente alívio na carga de trabalho permitirá que juízes e tribunais realizem mais depressa as tarefas que lhes incumbem: menos processos, maior rapidez.

Sem nenhum intuito de desempenhar o antipático papel de “desmancha-prazeres”, tomamos a liberdade de registrar que a experiência dos Estados Unidos — vistos como o *habitat* por excelência dos “precedentes vinculantes” — não confirma por inteiro, ao contrário do que às vezes se supõe, tão otimísticas expectativas. Começamos pelo suspirado “efeito dissuasório”: dois cientistas políticos norte-americanos, mercê de extensa e cuidadosa pesquisa, verificaram que a *Supreme Court*, só entre 1946 e 1990 — ou seja, em menos de meio século —, repudiou (“*overruled*”) 115 vezes precedentes seus¹². Ora, reflitamos: a Corte não se pronuncia *ex officio*, senão apenas diante de caso concreto, que chegue a seu conhecimento. Para que ela haja tido a oportunidade de reexaminar sua posição, é fora de dúvida que a isso terá sido provocada pela iniciativa de algum interessado. De outra parte, afigura-se extremamente provável que o número de tentativas frustradas seja muito maior do que o das coroadas de êxito; presumir o contrário seria imaginar um aberto repúdio *do próprio sistema* dos *binding precedents*. Logo, pode-se asseverar, sem temor de erro, que bem mais de 115 vezes se propuseram ações com fundamento em tese jurídica oposta à de anterior decisão da Corte. Isto é: os interessados se recusaram, com freqüência digna de nota, a deixar-se inibir pela existência de precedente contrário, supostamente dotado de eficácia vinculante. Não possuindo bola de cristal, temos de reservar o juízo sobre o que acontecerá no Brasil; em todo caso, porém, atrevemo-nos a sugerir que roça pela imprudência apostar muito alto no bom sucesso da mudança — e isso, a supor-se que um dia venhamos a saber com exatidão o que dela terá resultado.

Seja como for, ousamos acrescentar — decerto também para surpresa de muitos — que o processo nos Estados Unidos não é exatamente um modelo de celeridade. Por esse prisma, a situação deve ser bastante variável de um Estado para outro, visto que cada qual tem não apenas sua organização judiciária, mas igualmente sua legislação processual própria. Todavia, não são entusiasmantes os dados de que se dispõe sobre a Justiça Federal: no ano de 2004, foi de 22,6 meses (isto é, quase 2 anos) a duração média dos pleitos que, em primeiro grau de jurisdição, percorreram todo o itinerário previsto, até o *trial*; e 12,6% do total de processos pendiam há mais de 3 anos¹³. A crer-se em fontes autorizadas, conquanto menos recentes, aquela duração poderia atingir, em muitos lugares, 3 a 5 anos¹⁴. Ressalve-se que a grande maioria dos pleitos termina sem *trial*, as mais das vezes por acordo das partes; mas a eficiência da máquina melhor se afere, ao nosso ver, à luz dos casos de que ela se incumbem do começo ao fim. Aliás, não faltam na doutrina norte-americana¹⁵ sugestões de que a frequência das soluções consensuais se deve, em boa parte, à escassa disposição dos litigantes para enfrentar os inconvenientes do *trial* — entre os quais, sem dúvida, a demora.

6. OBSERVAÇÕES FINAIS

Abra-se um item para duas observações críticas que nos parecem particularmente importantes. A primeira diz respeito à vida da jurisprudência. Ninguém negará que é indispensável reservar a esta a margem de flexibilidade de que necessita para ajustar-se à realidade cambiante do mundo exterior. Ora, as incessantes mutações da sociedade são captadas mais depressa e mais intensamente pelos órgãos judiciais de nível inferior, convocados a lidar antes dos outros com os conflitos de interesses que

13. Dados colhidos no site www.uscourts.gov/cgi-bin/cmsd2004.pl, em 25-3-2005.

14. Informação coincidente encontrada em CARP—STIDHAM, *Judicial Process in America*, Washington, 1993, p. 207, e HAZARD—TARUFFO, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bolonha, 1993, p. 259 (desta obra, escrita em colaboração por um jurista norte-americano e outro italiano, que tem lecionado e pesquisado com frequência nos Estados Unidos, há versão em inglês, publicada naquele país).

15. V. g., CARP—STIDHAM, ob. cit., p. 208; FRIEDENTHAL—KANE—MILLER, *Civil Procedure*, 3ª ed., 1ª reimpr., St. Paul, 2001, p. 474; TEPLIN—WHITTEN, *Civil Procedure*, 2ª ed., Nova Iorque, 2000, p. 16; NOLAN—HALEY, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, 1992, p. 4.

as novas condições sociais, políticas, econômicas, culturais vão desenhando. As grandes inflexões jurisprudenciais da história de nosso direito — v. g., o abandono da exigência, literalmente formulada pelo art. 1.523 do antigo Código Civil, da prova da culpa ou negligência do patrão para acarretar-lhe a responsabilidade pela reparação dos danos que o empregado causasse; ou a proteção dispensada à concubina, sob as vestes técnicas da “sociedade de fato” — começaram com certeza por decisões dos juízos de primeiro grau; só mais tarde é que receberam a chancela dos tribunais.

Bloquear, de forma direta ou indireta, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas em grau superior significa, em certos casos, barrar precocemente um movimento, talvez salutar, de renovação da jurisprudência. A chamada “súmula vinculante”, em si, não se afigura muito perigosa por esse ângulo, graças às prudentes limitações que a Emenda nº 45 estabeleceu ao introduzir o art. 103-A no texto constitucional. O mesmo não se poderá dizer, entretanto, da denominada “súmula impeditiva de recurso”, em qualquer dos formatos cogitados, nem de outras inovações já consagradas em leis, ou previstas em projetos de reforma do estatuto processual, que nos ameacem com uma espécie, nada promissora, de “imobilismo” jurisprudencial. Os mecanismos previstos para a revisão dos paradigmas, ao nosso ver, não exorcizam suficientemente o risco, dada a notória relutância dos tribunais em recuar de posições consolidadas.

Restaria a questão — a que só em termos esquemáticos, para não dizer perfunctórios, nos é dado aludir aqui — de saber em que medida é *realmente desejável* que um órgão superior fixe o entendimento a ser adotado de maneira uniforme pelos outros órgãos judiciais na aplicação deste ou daquele texto legal. De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo o território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço a porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos jurídicos indeterminados — como “bons costumes”, “conduta desonrosa”, “elevado valor” e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente

redutíveis à uniformidade, sobretudo em país com as dimensões e as desigualdades do nosso¹⁶.

Outro ponto digno de reparo especial é a autorização, que se pretende dar ao juiz, para sentenciar de plano, reproduzindo decisão anterior, quando já houver julgado improcedente o pedido em feito análogo. Aí não é sequer de prestigiar a jurisprudência que se trata: pressuposto bastante é a existência de *um único* precedente, do mesmo juízo. Dificilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador. Dir-se-á que o texto projetado restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja “qualquer singularidade” na causa agora ajuizada; mas a lei do menor esforço quase fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando grande a carga de trabalho que estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver-se truncada, ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que o autor suscite. Não se poderá contar muito, por parte do juiz, com o empenho — tão desejável — numa reflexão constantemente renovada sobre as questões de direito que lhe incumbe enfrentar.

Uma palavra final. Parece claro que a progressiva exaltação do precedente tende a tornar o funcionamento da Justiça brasileira, em tema relevante, mais parecido com o da Justiça norte-americana, ou quando nada com a imagem que desta se generalizou¹⁷. A ser assim, alguns se

16. Mesmo na Alemanha, com fundamento em critérios teleológicos, tem-se negado a *Revision* (recurso em princípio ordenado, entre outros fins, a assegurar a uniformidade da jurisprudência: *ZPO*, § 543, 2ª alínea, nº 2), quando se cuida de questões de direito caracterizadas por forte particularismo, tal que exclui a idoneidade da solução apropriada a um caso para servir de exemplo em outros feitos: *vide*, por todos, ROSENBERG—SCHWAB—GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munique, 2004, p. 1.011/2.

17. Vai a ressalva por conta da posição “heterodoxa” de autores que, nos próprios Estados Unidos, se inclinam a minimizar a importância *real* do precedente na produção jurisdicional da *Supreme Court*: assim, na literatura recente, SPAETH—SEGAL, *Majority Rule or Minority Will*, Cambridge, 2000 (reimpressão), *passim*, espec. p. 314/5.

sentirão tentados a perguntar a quem mais interessa a assemelhação e se, levada às últimas conseqüências, ela não poderá servir de instrumento àquilo que em certos setores se tem designado por “neocolonialismo”. É assunto para ser discutido por cientistas políticos; sem autoridade na matéria, cingimo-nos a propô-lo à meditação dos leitores.

Março de 2005.