REFLEXÕES ENVOLVENDO A IMPLANTAÇAO DA SÚMULA VINCULANTE DECORRENTE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45[1]

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, Mestre e doutor pela Universidade Federal do Pará, Procurador do Estado do Pará, Professor de Graduação e Pós Graduação da Universidade da Amazônia- UNAMA, do Centro Universitário do Pará – CESUPA e da Faculdade do Pará - FACI. Advogado.

I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o processo de criação do direito, a independência dos juízes e os reflexos decorrentes da implantação da Súmula Vinculante, decorrente da Emenda Constitucional n. 45.

Destarte, não é nova a discussão quanto a necessidade da súmula com efeito vinculante, como forma de superar a chamada 'crise do judiciário'. Já existiram no sistema processual tentativas de implementação de tal vinculação[2], o que efetivamente ocorreu com a promulgação de parte da Reforma do Judiciário, especificamente no que respeita às sumulas do STF que reiteradamente tratem de matéria constitucional.

Assim, poder-se-á chegar à conclusão se a fixação de súmula vinculante ocasionará ou não o engessamento da atividade julgadora do magistrado, inclusive violando princípios constitucionais.

Não se pode olvidar que o objetivo da EC 45 é louvável, já que o sistema processual brasileiro passa por uma profunda crise de tempestividade da prestação jurisdicional. Mas será que realmente essa é a solução constitucionalmente mais adequada para tentar superá-la?

Com efeito, o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa a efetividade da prestação jurisdicional, ou, como já afirmou Chiovenda:"il processo deve dare per quanto é possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch´egli ha diritto di conseguire"[3]. Assim, a busca da efetividade e mesmo celeridade da prestação jurisdicional passa, necessariamente, pelo enfrentamento das previsões contidas na Emenda Constitucional n. 45.

Enfim, é com vista a uma perspectiva crítica-contributiva, que procurar-se-á analisar problema atual, no que respeita à implementação da súmula vinculante como um dos

---

[1] Publicado na Revista Dialética de Direito Processual n. 26/2005.

[2] Destarte, como bem expõe Francisco Sérgio Bocamino Rodrigues, "a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998, fez a adoção da súmula vinculante, pois das disposições da citada lei, vários artigos do Código de Processo Civil, da CLT e da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, foram alterados, para determinar a negativa de seguimento de recursos (admissão), com base em súmulas ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores". *Súmula vinculante : o que temos hoje?* Revista Dialética de Direito Processual nº 15. São Paulo : Dialética, junho de 2004, p. 26.

[3] CHIOVENDA, Guiseppe. *Saggi di Diritto Processuale* Civile. Vol, I, Roma, 1930, p. 110.

meios de alcançar maior celeridade na prestação jurisdicional, destacando que não se trata de obra de fôlego, mas apenas colaboração de um estudioso do direito preocupado com a implementação de um processo mais rápido, justo e que viabilize efetivo alcance da justiça social.

II- A REALIDADE SOCIAL QUE INCENTIVOU A IMPLEMENTAÇAO DA REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

No final do século passado e nos primeiros anos desse novo século, o sistema positivo brasileiro passou por uma série de reformas. Através dos meios de comunicação a sociedade tomou conhecimento, v.g., reforma do código de processo civil, do código penal, da previdência, e do Judiciário.

Essas reformas tiveram objetivo comum: tentar uma melhoria no sistema. Não se está aqui a dizer que toda reforma é para melhor, mas que o objetivo da reforma foi esse. Existem casos onde a reforma ocorre e nem sempre é para melhorar uma situação pré-existente.

Com esse objetivo de melhoria e atualização destacam-se duas reformas: a segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil e a reforma do Judiciário. Em relação à primeira, já tive oportunidade de apresentar trabalhos nos quais enfrentei alguns de seus aspectos[4].

No que respeita à reforma do Código de Processo Civil, mais especificamente a segunda etapa da reforma, com a promulgação das Leis 10.352, 10.358/01 e 10.444/02, o objetivo maior da Comissão de Reforma foi superar os chamados *pontos de estrangulamento do sistema*, que impediam ou dificultavam o alcance de maior brevidade na prestação jurisdicional, passando pelos recursos, pela autonomia da ação de execução envolvendo títulos judiciais e às tutelas de urgência.

Por outro lado, no final de 2004 foi aprovada parte da chamada reforma do Poder Judiciário, a qual foi muito comemorada por alguns estudiosos do direito como um grande instrumento à corroborar com a melhoria da prestação jurisdicional e à superação da crise do judiciário[5].

Os contornos da reforma do judiciário estão claros. As várias crises justificaram o pensamento da mudança, com a implantação do caráter vinculante às sumulas do STF que versam sobre matéria constitucional (mediante decisão de dois terços dos seus membros). Contudo, tais contornos merecem maior reflexão, inclusive dentro do próprio direito constitucional e da teoria do direito, para que se possa concluir quanto à correta implementação do caráter vinculante às decisões do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

---

[4] Nesse sentido, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta e SALGADO, Gustavo Vaz. *Recursos Cíveis – manual sobre as reformas ocorridas na recente reforma processual*. 1ª edição, 2ª tiragem. Curitiba : Juruá, 2004. Ainda foram escritos alguns trabalhos individuais, para os quais reporto o leitor: *Algumas reflexões envolvendo o art. 515, §3º do CPC - julgamento do mérito, pelo tribunal, nos casos de sentença processual impugnada através de apelação*. Revista Dialética de Direito Processual . São Paulo : Editora Dialética nº 08 / novembro de 2003. *Novas diretrizes do agravo retido após as reformas processuais*. Genesis : Revista de Direito Processual Civil – nº 29, julho/setembro 2003. Curitiba/Pr. e *Anotações sobre a 'nova' disciplina da execução provisória e seus aspectos controvertidos*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo : Editora Dialética nº 14, maio/2004.

[5] Não se está a afirmar que a discussão quanto à referida crise é nova. Como bem expõe Carmen Lúcia Antunes Rocha "desde a década de 40, no mínimo, há referência contundente e reiterada quanto a essa crise. Se se atentar, é de se verificar que nos últimos cento e vinte anos, vale dizer, desde as últimas décadas do Império Brasileiro, o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado à prestação da jurisdição como esperado, necessitado e desejado pela sociedade". *In Sobre a Súmula Vinculante*. BDA – Boletim de Direito Administrativo – setembro/2000, p. 640.

III A IMPLEMENTAÇAO DA SÚMULA VINCULANTE E DO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NOVO INCISO LXVIII DO ART. 5º DA CF/88.

Como restou claro anteriormente, já havia no Brasil forte tendência envolvendo a implementação da súmula vinculante, efetivada concretamente com a Emenda Constitucional n. 45, atendidos os requisitos constantes no novo art. 103 A, da CF/88.

Referida emenda, além da súmula vinculante envolvendo as reiteradas decisões de cunho constitucional, ainda consagrou expressamente o princípio da celeridade processual, através de mais um inciso no art. 5º da CF/88. Com efeito, está é a redação do novo inciso LXXVIII: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Após a primeira leitura do inciso em questão, não se pode olvidar de fazer uma indagação: será que era necessária a colocação expressa no texto constitucional de um princípio já existente, tendo em vista que justiça sem celeridade e sem efetividade da prestação jurisdicional não há justiça, mas sim absoluta injustiça, como diria Rui Barbosa em seu 'Oração aos Moços'?

De qualquer forma, dentro dessa concepção de efetividade / celeridade da prestação jurisdicional, foi implementada parte da reforma do Poder Judiciário, trazendo expressa previsão quanto à súmula de caráter vinculante[6].

Por outro lado, ressalte-se que na sistematização da legislação processual já existiam, antes mesmo da EC 45 registros do tema central tratado no presente trabalho, restando apenas enfrentar se realmente esse poder de vinculação das decisões está recepcionado pela própria Constituição Federal, além de se enquadrar no processo de criação do direito.

IV - A CRIAÇÃO DO DIREITO E A DOGMÁTICA JURÍDICA

Com o objetivo de subsidiar as conclusões que serão apresentadas no item seguinte, cumpre nesse momento fazer breves colocações acerca do processo de criação do direito e o papel da dogmática jurídica, sem olvidar de afirmar que se trata de um tema que pode ensejar abordagem muito mais profunda.

Dentre as várias concepções de direito e de ciência do direito, percebe-se que a atividade sistemática de estudá-lo enseja a observação de regulações de *dever-ser*, em que todos os membros de dada sociedade encontram-se inseridos.

Nessa concepção de ver o direito é que resta importante a dogmática jurídica; já que se relaciona com o processo de interpretação e de integração do direito. Com isso,

---

[6] Acerca da atividade jurisdicional, vale transcrever as lições de Antônio Álvares da Silva, ao abordar que: "a atividade dos tribunais, manipulando as leis, submete-as a um aperfeiçoamento contínuo. Para que esta tarefa seja coerentemente executada, a jurisprudência se organiza em linguagem normativa, à semelhança das leis, sob a fórmula de súmulas, precedentes, ementas, etc., que passam a constituir autênticos comandos normativos de alto efeito prático para os tribunais e para as partes em geral. A jurisprudência assim cristalizada é o resultado da função decisória dos tribunais ao aplicar as leis. Cabe-lhes decidir e, nesta atividade, foi tomada uma posição interpretativa sobre a controvérsia, para orientação do próprio tribunal, ao decidir a mesma matéria e das partes ao requerer". *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo : LTR, 2004, p. 71.

percebe-se que o *ponto central da dogmática jurídica refere-se a interpretação do direito, a argumentação jurídica, em fazer pensar, em valorar, descrever o direito*[7].

De outra banda, é fato que a ciência jurídica é um processo em evolução, onde a possibilidade de pensar o direito, mesmo que de forma dissonante com outras interpretações, corrobora com o papel da ciência jurídica.

A dogmática, portanto, contribui para a criação do direito, estabelecendo fórmulas para sua interpretação e aplicação. Como bem afirma Manuel Atienza:"A dogmática jurídica é, sem dúvida, uma atividade complexa, na qual cabe distinguir essencialmente as seguintes funções: 1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico. As teorias comuns da argumentação jurídica se ocupam também das argumentações que a dogmática desenvolve para cumpri a segunda dessas funções"[8].

Assim, uma vez identificada a presença da lei, advinda do processo legislativo, cumpre aos operadores do direito (juizes, membros do Ministério Público e advogados) a sua correta interpretação, a construção de paradigmas, de modelos, inclusive valendo-se de precedentes e de princípios gerais do direito, o que condiz com a necessidade de aplicação da Dogmática Jurídica[9].

Contudo, não se pode esquecer que a interpretação e aplicação das leis nos casos concretos podem variar, principalmente ao levar em conta que as hipóteses podem apresentar algumas diferenciações. É fato que pela Dogmática é que se encontra a definição de critérios para a sua correta aplicação, já que tem *o condão de interpretar a lei não isoladamente, mas sim indicando como deve a mesma ser recepcionada e aplicada*, considerando os precedentes e as situações de cada caso concreto[10].

Um dos grandes problemas que serão enfrentados no presente trabalho refere-se a imputação de súmula com caráter vinculante inibindo o poder criador do magistrado,

---

[7] Luiz Fernando Coelho menciona a dogmática em relação ao positivismo. De acordo com suas lições: "Falar portanto da dogmática jurídica é falar de uma das manifestações do positivismo: analisar os pressupostos ideológicos em que se assenta a concepção dogmática do direito, que é a do senso comum dos juristas, é pesquisar a própria ideologia positivista". *Teoria Crítica do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1991, p. 168.

[8] *As razões do direito*. *Teorias da argumentação jurídica*. São Paulo : Landy Editora, 2000, p. 19-20.

[9] Mais uma vez vale citar Manuel Atienza, ao interpretar os processos de argumentação. De acordo com suas lições: "Esses processos de argumentação não são muito diferentes dos efetuados pelos órgãos aplicadores, uma vez que se trata de oferecer, a esses órgãos, critérios – argumentos – para facilitar-lhes (em sentido amplo) a tomada de uma decisão jurídica que consiste em aplicar uma norma a um caso. A diferença que, não obstante, existe entre os dois processos de argumentação poderia ser assim sintetizada: enquanto os órgãos aplicadores têm de resolver casos concretos (por exemplo, se se deve ou não alimentar à força os presos que estão em greve de fome para obter determinadas mudanças em sua situação carcerária, o dogmático do Direito se ocupa de casos abstratos (por exemplo, determinar quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal e qual dos dois deve prevalecer quando há conflito entre eles)". Em seguida, conclui o renomado professor que: "Contudo, parece claro que a distinção não pode sempre (ou talvez quase nunca) ser feita de forma muito taxativa. Por um lado porque o praticante precisa recorrer a critérios fornecidos pela dogmática, pelo menos quando enfrenta casos difíceis (por exemplo, para adotar uma decisão fundamentada na primeira questão proposta acima seria necessário responder, antecipadamente, à segunda), e ao mesmo tempo a dogmática se apóia também em casos concretos". *Idem. Ibidem.* p. 20.

[10] Segundo as lições de Cláudia Rosane Roesler, "uma dogmática pode assumir várias estruturas, como a dedutiva ou a dialética clássica. Independentemente disso, quando os dogmas de uma dogmática deixam de orientar a práxis, porque se tornam confusos ou inseguros, a referida dogmática desaparece. A questão colocada aqui é a da prática, da ação do homem enquanto ser não-determinado, e a estrutura vem condicionada pela função social. Perdida a relevância social, ameaçada de sobrevivência estará a referida dogmática, independentemente da estrutura com a qual tiver sido construída". *Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis : Momento Atual, 2004, p. 69.

inclusive sujeitando às decisões contrárias ao precedente sumulado a reclamação junto ao STF, *ex vi* art. 103 A, §3º, da CF/88.

Aliás, uma de várias questões que serão enfrentadas é a seguinte: será que a EC 45 está em consonância com a dogmática jurídica e o papel do juiz na criação do direito? Outra indagação a ser feita, cuja resposta (ou pelo menos sua tentativa) será apresentada no item seguinte, é a seguinte: a previsão de súmula vinculante (com caráter objetivo e retirando o poder de interpretação) tem assento constitucional?

V- A SÚMULA VINCULANTE E OS PROBLEMAS DECORRENTES DE SUA IMPLEMENTAÇÃO

V.1- EC 45 E A SÚMULA VINCULANTE - SUA INCONSTITUCIONALIDADE / INVIABILIDADE

O tema *precedente com força vinculante* não é novo no Brasil, como já se mencionou anteriormente, e é mais comum no sistema do *common law.* Nos países que adotam esse sistema utiliza-se a expressão *stare decisis et non queta movere (*ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso) o que representa o caráter vinculante dos enunciados jurisprudenciais[11].

Contudo, pode-se afirmar que a diferença entre súmula vinculante e *meros enunciados jurisprudenciais* envolve, de forma mais resumida, o fato de que estes têm *caráter orientativo* enquanto aquela tem *cunho obrigatório*, inclusive sujeitando a apresentação de reclamação junto ao STF nos casos de desatendimento.

Nos paises da *common law* busca-se um modelo jurídico que serve como precedente para casos análogos. Sobre o assunto, expõe Rodolfo de Camargo Mancuso que "o problema, portanto, consiste na indicação de uma fórmula que atenda, razoavelmente, aos termos dessa delicada equação, onde se pretende superar a divergência contemporânea, mediante a extração de um enunciado normativo, deixando, todavia, aberta a possibilidade de eventual alteração futura, prevendo-se o competente *modus procedendi*"[12].

No sistema constitucional brasileiro, a EC 45 consagrou expressamente um novo princípio insculpido em seu art. 5º, que é o da celeridade. Assim, acerca dessa nova cláusula pétria, deve-se fazer uma importante indagação: *será que, à guisa de buscar essa celeridade, poderia o constituinte estabelecer súmulas vinculantes envolvendo decisões com pano de fundo constitucional, considerando o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF/88)*?

---

[11] Sobre a doutrina do *Stare Decisis*, Carlos Aureliano Motta de Souza ensina que: "a base da metodologia jurídica inglesa é o princípio do *stare decisis*, ou seja, princípio pelo qual devem os precedentes ser seguidos até onde chegue a sua *ratio decidendi*. Esta é a pedra de toque de todo o sistema dos precedentes. É a *ratio* que indica ao juiz o contributo do caso já decidido para o direito material. É a fundamentação essencial para a apreciação jurídica da lide. Em oposição à *ratio* está o *obter dictum, que* apenas representa uma ajuda não essencial para o raciocínio jurídico, mas, eventualmente, pode ter um significado para a decisão de casos futuros". *O Papel Constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília : Brasília Jurídica, 2000, p. 99.

[12] *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 161.

É fato, e isso faz parte do estudo de direito constitucional de qualquer faculdade de direito, que se vive sob o primado da lei[13] – em sentido formal, a qual espelha a vontade popular, posto que advém do processo legislativo.

Não se deve olvidar que a Emenda Constitucional 45, também impõe o dever de vinculação à nível administrativo, nas esferas federal, estadual e municipal, como se observa na previsão do art. 103 A da CF/88.

Logo, é possível concluir que a previsão da EC 45 também traduz uma ingerência do Poder Judiciário – STF, nos órgãos da administração pública, das três esferas de governo.

Contudo, não se deve esquecer que à nível administrativo também se impõe o princípio da legalidade. Logo, *como a súmula pode imputar uma conduta a ser obrigatoriamente atendida pela administração, sem a correspondente e necessária previsão legal?*

Após essas reflexões, mais uma pergunta deve ser feita: *se a lei permitir certa conduta e a súmula não, poderá a administração adotar a conduta?* Realmente, de acordo com a previsão contida na EC 45, a súmula poderá ter caráter vinculativo para administração até mesmo sobrepondo-se à própria lei, situação que merece profunda reflexão[14].

Após essas observações, alguns poderiam indagar: *será que a súmula vinculante viola o princípio da legalidade, já que impõe condutas, não só ao Judiciário como também na esfera administrativa, sem a correspondente previsão legal?* Entendo que sim.

Contudo, outros estudiosos poderiam afirmar que a aplicação de súmula vinculante é um remédio para alcançar maior celeridade na solução dos litígios, principalmente em casos repetidos envolvendo matéria constitucional, inclusive atendendo-se ao novo inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88.

De qualquer ângulo, a reforma do Poder Judiciário é importante e o acesso à justiça mais ainda; contudo,a implicação de súmula vinculante culmina com clara violação ao princípio da reserva legal. Não é possível conviver com um sistema onde, com o objetivo de atendimento a um princípio constitucional, ocorre violação a outro[15].

Com efeito, os precedentes devem sugerir um *dever ser* e não um *ser*, o que não condiz com a previsão contida na EC 45, já que consagra a obrigatoriedade de atendimento ao seu conteúdo. Trata-se, portanto, além de afronta ao princípio da

---

[13] Segundo as lições de Michel Temer, "Lei é ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional". *Elementos de Direito Constitucional*. 17ª edição, São Paulo : Malheiros, 2001, p. 135.

[14] Aliás, de acordo com a EC, a súmula terá caráter vinculante nos casos envolvendo matéria constitucional. Logo, se em um caso concreto a lei permitir certa conduta e a súmula não, a mesma não deverá ser adotada, o que nos faz refletir se estará a súmula também no topo da pirâmide Kelsiana, juntamente com a própria Constituição.

[15] Não se trata de colisão entre princípios constitucionais e sim violação ao princípio da legalidade. Aliás, em outro trabalho, tive oportunidade de enfrentar aspectos ligados à colisão de princípios constitucionais e as formas de solução. Sobre o assunto, ver, ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A colisão entre princípios constitucionais em casos de liminares inaudita altera pars e as formas de solução – análise de casos*. Revista Gênesis de Direito Processual n. 33. Curitiba : Gênesis Editora, 2004. Sobre a teoria dos princípios, ver ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Centro de Estúdios Constitucionales : Madrid, 1993.

legalidade, de clara invasão na competência do Poder Legislativo agora expressamente previstas na Carta Constitucional[16].

Referida invasão fica ainda maior quando se observa que a súmula vinculante impõe conduta a ser adotada não só aos membros do judiciário, mas também aos administradores, violando, nesse último aspecto, também os princípios insculpidos no art. 37 da CF/88.

Importante ratificar que não se está com isso criticando a necessidade de reformas, mas apenas refletindo no sentido de que a implantação de súmula com caráter vinculante culmina com clara violação ao princípio da legalidade, quer observando-o no art. 5º ou mesmo no 37 da CF/88, além da invasão de competência do Poder Legislativo. Assim, a EC permite que volte à tona antigo tema que discute a existência de *inconstitucionalidade dentro da própria Constituição*.

V.2- SÚMULA VINCULANTE E PODER CRIADOR DO JUIZ – O RISCO DE ENGESSAMENTO DO PRECEDENTE

Outra preocupação envolvendo as súmulas vinculantes refere-se ao Poder de Criação do Juiz na interpretação e aplicação do direito, além de sua independência metodológica.

Destarte, como se demonstrou anteriormente, a dogmática jurídica perpassa pela interpretação e aplicação do direito. Logo, mister refletir onde ficam essas características nos casos em que se obriga a vinculação ao precedente?

É fato, nesse aspecto, que o processo de criação do direito envolve a doutrina e a jurisprudência, mas esta deve ser aplicada de acordo com cada caso concreto, guardando as características específicas[17]. Como bem ressalta Teresa Arruda Alvim Wambier, "a lei somada à jurisprudência e à doutrina é que dá os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é entendida, e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir"[18].

O problema, portanto, está na *generalização do precedente*, trazendo riscos envolvendo o poder de criação e a própria independência do juiz de piso. E mais, se

---

[16] Nesse sentido, Francisco Sérgio Bocamino Rodrigues afirma que "ao se aplicar uma súmula. O magistrado – de qualquer dos níveis do Poder Judiciário – fere frontalmente o estatuído no citado §2º do art. 5º da Constituição Federal, pois a Súmula nada mais é do que a construção legislativa feita pelo Poder Judiciário. Temos a invasão de um poder pelo outro, ao arrepio do estatuído no art. 2º da Constituição Federal". Op. cit. p. 27.

[17] Como bem afirma Hans Kelsen, "a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção. A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognosciva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa". *Teoria pura do Direito*. 6ª edição. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 394.

[18] *Súmula Vinculante: desastre ou solução?* Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Revista de Processo n. 98. São Paulo, 2000, p. 301.

em um caso concreto existirem aspectos diferenciados que mereçam tratamento também diferenciado, corre-se o risco de *engessar o poder de criação, de livre investigação e de independência do magistrado*[19].

Com efeito, a dogmática jurídica e o processo de criação do direito caminha em sentido contrário ao engessamento do precedente[20], até pelo fato de que, muitas vezes o *voto divergente hoje poderá ser o predominante amanhã, já que os que hoje julgam e criam a súmula podem não ser os que amanhã irão enfrentar novos casos concretos, traçando novas diretrizes a serem seguidas*.

Destarte, muitas vezes se observa um precedente que indica o posicionamento do tribunal em determinada época. Mas o processo de criação do direito é constante e considera o aspecto social; já que, assim como o direito, a evolução social reflete nos precedentes jurisprudenciais.

Nesse sentido, basta exemplificar esse processo evolutivo com a discussão quanto a relativização da coisa julgada ou mesmo a excepcional aceitação de provas produzidas 'ilicitamente'. O processo está em constante evolução, o que também espelha a evolução da doutrina e da jurisprudência. *Será que estamos prontos para o processo de engessamento*? Esta é a principal indagação advinda da súmula vinculante.

Enfim, a crise envolvendo o 'tempo de duração da litispendência' existe, mas a solução adotada poderá engessar o poder criador dos magistrados, o que, portanto, é uma importante reflexão a fazer envolvendo a implantação de súmula com caráter vinculante. Aliás, ainda nesse aspecto, o risco se torna mais visível, a partir do momento em que a EC prevê a reclamação ao STF em caso de desatendimento do precedente sumulado, pelo que entendo mais que oportuno transcrever as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citadas por Antônio Álvares da Silva, ao aduzir que: "veja-se, o aspecto curioso: se o magistrado descumprir a súmula, desabará sobre ele a tempestade. Mas, se desobedecer à lei, nenhuma sanção advirá"[21].

Ademais, outro aspecto a ponderar refere-se ao princípio do livre convencimento, insculpido no art. 93, IX da CF/88 e art. 131 da legislação adjetiva civil. Ora, se existe o livre convencimento, é lógico que em determinado caso concreto poderá o magistrado acompanhar ou não uma corrente doutrinária ou uma súmula, desde que apresente sua fundamentação.

---

[19] Acerca da independência dos juízes e à alegação de que no direito norte americano já existe a súmula com caráter vinculante, vale transcrever as lições de Dalmo de Abreu Dalari: "Não é preciso mais para se verificar com segurança o equívoco da afirmação de que no sistema judicial norte-americano já existe a força vinculante que se pretende estabelecer para decisões do Supremo Tribunal brasileiro. A par disso, e mais do que isso, o que importa é que tal vinculação reduziria gravemente a independência de juízes e tribunais, o que não convém ao direito e à justiça. Precisamente por esse motivo, advogados reunidos em Brasília, em 1995, num encontro promovido pelo Ordem dos Advogados do Brasil, para conhecimento e discussão das propostas de reforma constitucional já formuladas e anunciadas, tomaram posição firme e unânime contra a pretensão, externada pelo Ministro da Justiça, de atribuir efeito vinculante a decisões do Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo e sem qualquer divergência, opuseram-se também à idéia do incidente de inconstitucionalidade, que não seria mais do que a reencarnação da malfadada avocatória, usada em período de trevas jurídicas" *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 71 e 72.

[20] E será que a súmula que indica o precedente a ser observado é justa, constitucional e legítima? Cada caso é um caso, daí porque o processo de interpretação e aplicação deverá ser vivenciado de forma individualizada. Mais uma vez vale transcrever passagem do trabalho de Teresa Arruda Alvim Wambier: "Haverá súmulas *erradas*? Talvez. Haverá sumulas inconstitucionais? É provável. Ao juiz caberá não aplicá-las, se demonstrar que a situação de fato em que incide aquela súmula não é igual à dos autos; ao juiz caberá também recusar seu cumprimento, se entender inconstitucional. Isto já ocorre hoje com textos de lei inconstitucionais". Op. cit.p. 306.

[21] Op. cit. p. 91.

Contudo, com a previsão de súmula com caráter vinculante resta comprometida tal possibilidade, pelo que se observa que a EC 45 também se contrapõe a outro princípio constitucional, que é o da motivação das decisões judiciais como garantia de imparcialidade e de legitimidade da atuação do magistrado.

Esta é mais uma crítica que merece reflexão acerca da Súmula vinculante, já que impõe uma conduta a ser seguida, inclusive desconsiderando o livre convencimento como critério de liberdade na apreciação de determinado caso concreto, além de não refletir o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

IV.3 SÚMULA VINCULANTE – A CRIAÇAO DO DIREITO E A DOGMÁTICA JURÍDICA

Ainda como crítica à implantação da súmula vinculante, cumpre-nos enfrentar o processo de criação e interpretação do direito e a dogmática jurídica.

Inicialmente cumpre estabelecer o raciocínio, seguindo a visão de Kelsen, no sentido de que a norma jurídica tem como objetivo regulamentar a conduta dos indivíduos, tendo, pois, o caráter prescritivo, desde que criada pela autoridade competente, revestida do poder de prescrição[22].

Assim, necessário indagar: quem seria a autoridade legitimada, com o caráter de subordinação, competência e poder de prescrição? Não resta dúvida que, no que respeita ao processo de criação das leis, é o Poder Legislativo, passando a sociedade a ter o papel de interpretar e aplicar o direito, razão pela qual é necessário ratificar que a súmula vinculante reflete invasão na esfera deste Poder.

Destarte, no estado democrático é de curial importância o processo de criação e interpretação da lei, visando adequá-la à realidade social, inclusive enfrentado suas lacunas[23].

Contudo, talvez esse processo de criação e interpretação poderá restar comprometido nos casos envolvendo a súmula com caráter vinculante, já que deverá o magistrado de piso ficar necessariamente instado a acompanhar o precedente, em detrimento de sua liberdade no processo de interpretação e integração.

Necessário ratificar, mais uma vez, que não se está advogando de forma contrária ao precedente. A jurisprudência tem papel importante no processo de interpretação e integração, mas imputá-la com caráter vinculante é que poderá ensejar as observações ora apresentadas[24].

---

[22] KELSEN. Hans. *Teoria Geral das Normas*. São Paulo : Martins Fontes, 1985, p. 181-2.

[23] Aliás, sobre o processo de integração do direito, vale citar as lições de Rodolfo de Camargo Mancuso, ao ensinar que: "Dada a indeclinabilidade da prestação jurisdicional, e constatada a lacuna do Direito Positivo na espécie (o que se pode configurar até pela insuficiência da disciplina legal sobre dada matéria), o julgador é autorizado a lançar mão das *fontes formais* ou *formas de expressão secundárias*,antes referidas (princípios gerais, analogia, costume, equidade). Porém, na sociedade contemporânea é tal a complexidade das relações interpessoais e dos conflitos envolvendo o Estado e o indivíduo, que ainda *sobra espaço* para que o operador do direito busque outros elementos exegéticos para esclarecer os textos de regência e assim alcançar a afirmada *completude* da ordem jurídica. Referimo-nos ao que podemos chamar *meios suplementares de integração do Direito*, a saber, a *doutrina* e a própria *jurisprudência*, ambas tomadas no grau ótimo de suas manifestações (= a *melhor doutrina*, a *jurisprudência* assente)". *Op. cit.* p. 55.

[24] Norberto Bobbio, citado por Vera Regina Pereira de Andrade, assim se manifesta acerca do papel da jurisprudência: "A jurisprudência realiza seu trabalho não sobre fatos experimentais, mas sobre proposições dadas e

Com efeito, é importante o precedente no processo de criação do direito e na interpretação visando a solução dos casos concretos. Contudo, impor ao magistrado a obrigação de seguir o precedente sumulado, é colocar em risco seu poder de criação e mesmo a sucessiva atualização e interpretação do direito.

Ademais, não se deve olvidar, como já restou demonstrado linhas atrás, que existem súmulas corretas e súmulas incorretas, tanto que muitas são substituídas no passar do tempo. Logo, se houver imposição de seguir um precedente jurisprudencial, por certo poderá comprometer o próprio poder de revisão da súmula precedente[25].

Aliás, nesse momento é mister fazer nova reflexão: *como solucionar as crises de interpretação, as crises envolvendo os casos concretos, se houver o engessamento do poder de criação do juiz*? As crises merecem reflexão mais profunda, inclusive assegurando margem ao magistrado para seguir ou não o paradigma anterior.

Como mencionei anteriormente, não se está negando a existência da crise de tempestividade da prestação jurisdicional, mas solucioná-la com a súmula vinculante acaba por gerar as preocupações apresentadas no presente trabalho.

---

intocáveis (as normas jurídicas), que valem, observe-se, inclusive quando contraditadas pelos fatos. A doutrina filosófica oficial, proclamará, portanto, e será acreditada por todos – que a jurisprudência não é uma Ciência verdadeira como todas as demais (...).". *In Contribuición a la teoria del derecho*. Valencia : Fernando Torres, 1980, p. 179. *Apud*, ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica. Esforço de sua configuração e identidade*. 2ª edição. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, p. 100.

[25] A EC 45 prevê a possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas, inclusive afirmando que a legitimidade é daqueles que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, *ex vi* § 2º, do art. 103, A, da CF/88. Contudo, uma preocupação relevante refere-se à forma pela qual será implementado esse processo de revisão e cancelamento.