

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL. A SÚMULA E OS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RELATÓRIO AO CONGRESSO DE ROMA (*)

Athos Gusmão Carneiro

Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Desembargador do TJRS. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

1. A análise do papel da jurisprudência como “fonte” do Direito brasileiro deve partir de considerações gerais a respeito da *estrutura do Estado brasileiro*.

O Brasil é uma *República Federativa*, sendo a União Federal composta por 26 Estados federados e um Distrito Federal. (Embora previstos na atual Constituição — de 1988, de momento não existem Territórios — os que existiam a Constituição transformou em Estados).

Assim sendo, em primeiro lugar cumpre considerar os três Poderes no âmbito da União: a Presidência da República e Ministérios; o Congresso Nacional bicameral, composto pelo Senado e pela Câmara dos Deputados; e o Poder Judiciário, composto pelos Tribunais Superiores e pelos tribunais e juizes federais.

De forma semelhante apresenta-se a estrutura dos Estados-Membros. Cada Estado federado dispõe do Poder Executivo — o Governador e Secretários de Estado; do Poder Legislativo unicameral — a Assembléia Legislativa; e do Poder Judiciário — os tribunais e juizes estaduais. Cada um deles edita sua própria Constituição Estadual, sob a necessária observância dos parâmetros fundamentais fixados pela Constituição Federal.

2. A *estrutura do Poder Judiciário brasileiro* é bastante complexa, como sucintamente passamos a expor.

(*) Relatório brasileiro apresentado ao Professor Eduardo Oteiza (Argentina). Relator para a América Latina no Congresso de Direito Processual de Roma (maio de 2004), organizado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual conjuntamente com a *Università di Roma*

2.1. Vejamos, de início, o *Poder Judiciário integrante da União Federal*. Na cúpula do sistema, como órgão maior e sobreposto a todos os demais tribunais e juizes (tanto federais como estaduais), encontra-se o Supremo Tribunal Federal — STF, composto de 11 Ministros (vitalícios como todos os demais magistrados), escolhidos pelo Presidente da República dentre cidadãos de notório saber jurídico e ilibada reputação, e nomeados após a aprovação pelo Senado. A tarefa fundamental do STF é a *guarda da Constituição*, exercida quer mediante o *controle concentrado* através das *ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade* (em competência originária), quer mediante o *controle difuso*, que ocorre principalmente quando do julgamento dos *recursos extraordinários*.

A seu lado, para assegurar a aplicação e a uniformidade da legislação *infraconstitucional*, temos o Superior Tribunal de Justiça — STJ, composto por 33 Ministros, dividido em seis Turmas, estas com competência **ratione materiae**. Dois terços dos integrantes do STJ são provenientes da Magistratura Federal e Estadual de 2^a grau, e os restantes do Ministério Público e da Advocacia, todos escolhidos pelo Presidente da República dentre os nomes constantes de listas tríplices elaboradas (eleição secreta) pelo próprio Tribunal, e nomeados após aprovação pelo Senado.

(O título de Ministro, no Poder Judiciário, é reservado aos juizes que integram os Tribunais Superiores).

2.2. Das decisões “finais” dos tribunais inferiores pode caber, nos casos indicados na Constituição, *recurso extraordinário* para o STF (quando alegada contrariedade à norma constitucional), ou *recurso especial* para o STJ (quando alegada contrariedade à norma infraconstitucional).

A admissão de qualquer dos dois recursos supõe o requisito do “prequestionamento”, ou seja, a norma que o recorrente afirma haver sido ofendida deve ter sido “questionada”, ou seja, objeto de exame na decisão recorrida. Considera-se decisão final aquela da qual não mais caibam recursos ordinários.

2.3. Podemos adiantar que quando o órgão julgador, no STJ ou no STF, “conhece” do recurso extraordinário ou especial e passa ao exame do mérito, a lide *será decidida em sua integralidade*; assim, apenas nos casos em que o Tribunal Superior haja “anulado” ou “cassado” o julgamento anterior (por conter alguma nulidade formal, ou grave **erro in procedendo**), é que o processo retornará ao Tribunal de origem, para um novo julgamento do mérito.

O sistema brasileiro, portanto, afasta-se do sistema de *cassação* de tipo francês, “e também do seu equivalente argentino, tal como tem funcionado na prática” (**Barbosa Moreira**, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense, 11^a ed., n. 324, pp. 596/597).

Assim, *caso venha a conhecer o recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal julga a causa, aplicando o direito à espécie*; e também assim procede o Superior Tribunal de Justiça, ao conhecer o recurso especial.

Em suma: a decisão do Tribunal Superior é *substitutiva*; não se admite, em matéria de mérito, o *reenvio* ao Tribunal de origem.

2.4. *No Brasil vigora o princípio da “unidade da jurisdição”, impondo-se plenamente a regra do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário. Pelo menos a partir da Proclamação da República (1889), deixou de existir o “contencioso administrativo” (durante o Império exercido, com limitações, pelo “Conselho de Estado”).*

Assim, *a totalidade das lides, inclusive aquelas em que interessado o Poder Público e suas autarquias, é conhecida e julgada pelo Poder Judiciário da União e dos Estados-Membros. Pode apenas ocorrer, isto sim, a especialização de “juízo”, mediante a instituição de “varas privativas” para as causas da Fazenda Pública, assim como existem, nas comarcas de maior movimento, varas privativas da Família, de Falências e Concordatas, dos Registros Públicos, Criminais etc.*

No Brasil recebe a denominação de *Vara* a unidade jurisdicional de base, ou seja, o Juizado de primeira instância, que é integrado pelo juiz togado (Juiz federal, ou Juiz de Direito, ou Juiz do Trabalho) e pelo pessoal administrativo. Vale esclarecer que a *primeira instância* é exercida sempre em *juízo singular* (salvo na Justiça Militar e no julgamento dos crime contra a vida pelo Tribunal do Júri); já *os recursos* serão julgados pelos tribunais através de *órgãos colegiados* (ressalvada a atuação individual dos “relatores”, como mencionaremos adiante).

Todos os juizes togados, tanto juizes federais como estaduais, são *nomeados* após aprovação em concurso público de títulos e provas, organizado pelo Tribunal respectivo com a colaboração da Ordem dos Advogados do Brasil, e são *promovidos* de *entrância* para *entrância* (“entrância” é a categoria na carreira) por antigüidade ou por merecimento. Após dois anos de exercício, o juiz torna-se “vitalício” e somente poderá perder o cargo por sentença judicial.

3. No âmbito federal, a jurisdição “ordinária” é exercida pela Justiça Federal, cuja competência principal dirige-se ao julgamento das causas cíveis em que seja parte ou interveniente a União Federal ou as entidades de direito público federais, e das infrações penais praticadas em prejuízo de bens, serviços ou interesses da União e de suas entidades de direito público.

3.1. A Justiça Federal é integrada, em primeira instância, pelos Juízes Federais; em segundo grau, existem cinco Tribunais Regionais Federais (TRF).

Estes tribunais estão sediados em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife, e são divididos em Turmas, cada uma de quatro julgadores.

3.2. Ao lado da Jurisdição ordinária contamos com *Jurisdições Especializadas*, também integrantes do Poder Judiciário da União Federal.

3.2.1. Assim, as causas de *natureza trabalhista* são julgadas pela Justiça do Trabalho, composta por um Tribunal Superior do Trabalho (TST), por Tribunais Regionais do Trabalho – TRT (um em cada capital de Estado-Membro e no Distrito Federal) e pelos Juízes do Trabalho no primeiro grau de jurisdição.

3.2.2. As causas que digam respeito a lides de *natureza eleitoral* (bem como a regulamentação e a realização dos pleitos) estão a cargo da Justiça Eleitoral, composta por um Tribunal Superior Eleitoral – TSE, por Tribunais Regionais Eleitorais – TRE (um em cada capital de Estado-Membro e no Distrito Federal) e pelos Juízes Eleitorais.

São designados como juízes eleitorais os próprios juízes estaduais, que agem por “delegação”; o TSE e os TRE são integrados por juízes de carreira, eleitos pelos tribunais respectivos, e ainda por advogados nomeados pelo Presidente da República dentre os integrantes de listas elaboradas pelos tribunais.

3.2.3. Na *esfera criminal*, o julgamento dos crimes militares (como tal definidos em lei) está a cargo da Justiça Militar, composta por um Superior Tribunal Militar – STM e por auditorias militares (os tribunais militares são compostos por Oficiais das Forças Armadas e por advogados de renome). Acrescentemos que os Estados-Membros mais populosos são autorizados a criar Tribunais Militares Estaduais, para julgamento dos crimes militares cometidos pelos integrantes de suas polícias militarizadas.

4. No âmbito dos Estados federados contamos com 26 Tribunais de Justiça, e mais o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Brasília). Em alguns Estados também existem Tribunais de Alçada, com competência geralmente fixada em razão da matéria.

O número de juízes dos Tribunais de Justiça (que mantêm o título de “desembargadores”, de muito antiga origem portuguesa) é variável, conforme o movimento forense: os Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, por exemplo, contam em seus Tribunais de Justiça com mais de cem desembargadores. Os Tribunais de Justiça são divididos em Câmaras, com três a cinco membros; mas os recursos de apelação e de agravo são decididos na Câmara sempre apenas por três julgadores (os “agravos”, no Direito brasileiro e no português, são os recursos cabíveis contra *decisões interlocutórias*, e são apresentados diretamente nos tribunais, acompanhados de cópias das peças do processo indicadas na lei processual; não produzem, de regra, efeito suspensivo, mas o Relator pode liminarmente atribuir-lhes tal efeito).

Em primeiro grau de jurisdição temos os Juízes de Direito, um ou mais em cada “comarca” (“comarca” é a unidade territorial, para fins de administração da Justiça).

5. O sistema recursal brasileiro igualmente é bastante complexo.

Das *sentenças* (assim consideradas as decisões que podem pôr termo ao processo, em primeiro grau de jurisdição) cabe *apelação*. Das *decisões interlocutórias* (assim consideradas as que, no curso do processo, resolvem questões incidentais) cabe o recurso de “agravo”.

Duas são as modalidades principais de agravo: o *agravo retido*, que fica nos autos dependente da futura (e eventual) interposição de apelação; e o “*agravo por instrumento*”, o qual deve ser apresentado diretamente no Tribunal, acompanhado de cópias das peças do processo relevantes para a decisão da questão controvertida.

6. Se o Tribunal, apreciando uma apelação, houver reformado a sentença em matéria de mérito, com decisão por maioria de votos, poderá ser interposto um novo recurso ordinário, denominado “*embargos infringentes*”, recurso este limitado àquelas questões em que ocorreu a divergência (de antiga origem portuguesa, é este recurso uma peculiaridade do Direito Processual brasileiro, não existindo atualmente, ao que sabemos, em nenhum outro país). Os embargos infringentes são julgados por um colegiado mais numeroso.

Em alguns casos, previstos na CF, das decisões dos tribunais tomadas em instância originária cabe um *recurso ordinário* para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça (CF, arts. 102, II, **a** e 105, II).

Entre os recursos “ordinários” constam ainda os *embargos de declaração* (“*recurso de aclaracion y de ampliacion*”, dos Códigos de origem espanhola).

7. Finalmente, como já foi dito, encontramos os *recursos extraordinários*, destinados precipuamente a proteger o “interesse público” na exata aplicação e na uniformidade de interpretação das normas da Constituição e das leis, e cujos pressupostos específicos de admissibilidade vêm definidos na própria Constituição Federal.

São eles: o *recurso extraordinário* propriamente dito (**stricto sensu**), para o Supremo Tribunal Federal, e o *recurso especial* para o Superior Tribunal de Justiça.

8. As decisões dos tribunais podem ser tomadas em decisão *monocrática*, ou seja, apenas pelo Relator; e podem ser tomadas em decisão *colegiada* (denominada “acórdão”), ou seja, pelo Plenário do Tribunal ou por uma sua Câmara ou Turma (os órgãos fracionários dos tribunais são chamados de “Câmara” nos Tribunais de Justiça, e de “Turma” nos Tribunais Superiores - STF e STJ e nos Tribunais Regionais Federais).

9. Considerando o acima exposto, passemos a examinar o papel da *jurisprudência* no Direito brasileiro, tendo em vista os tribunais de superposição — STF e STJ —, e a Justiça ordinária — federal e estadual —. Deixamos de considerar, pois, a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral, **brevitatis causa** e por manterem peculiaridades.

Uma consideração inicial impõe-se. No Brasil, é da “competência privativa” da União Federal legislar sobre o “Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, Espacial e do Trabalho” (Constituição Federal, art. 22, I). Assim (ao contrário do que ocorre em outros países com estrutura federativa), temos *um único Código de Processo Civil* (que, aliás, aplica-se não só às lides de Direito Civil, mas também a todas as demais de natureza não-penal).

Essa unidade vem dos tempos do Império do Brasil (1822-1889). A experiência, durante a vigência da Constituição de 1891 (primeira Constituição republicana), de confiar aos Estados-Membros a competência para legislar

em matéria processual, revelou-se menos conveniente, de forma que a Constituição Federal de 1934 restaurou a competência da União nessa matéria, o que foi mantido nas CF de 1946, de 1967 (período do regime militar) e na vigente Carta Magna de 1988.

Os Estados-Membros, de conformidade com a CF de 1988, podem, é certo, legislar em *concorrência com a União* em matéria de “processo” nos Juizados Especiais (antigos “Juizados de Pequenas Causas”) e em tema de “procedimentos em matéria processual” (CF, art. 24, X e XI); mas esta competência concorrente pouco tem sido exercida, mesmo porque cabe à União editar as “normas gerais”. Desta forma, os Juizados Especiais, inclusive os estaduais, são regidos por leis federais.

10. É conveniente, outrossim, esclarecer que no Brasil o *controle de constitucionalidade das leis* é feito tanto pela forma “concentrada”, como pela forma “difusa”.

10.1. Pela forma *concentrada*, com a utilização da *ação direta de inconstitucionalidade* de lei ou ato normativo federal ou estadual, e da *ação declaratória de constitucionalidade* de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, I, **a**), ações estas de *competência originária* do Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade é o “objeto” mesmo destas ações, e delas são titulares apenas as autoridades e entidades de classe definidas na Constituição (art. 103). Seu julgamento é feito em sessão plenária, com a exigência de **quorum** qualificado (pelo menos oito dos onze membros do STF).

Nos Estados-Membros pode ser instituída a ação de inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais, mas em face da *Constituição Estadual* (CF, art. 125, § 2^o).

10.2. Vale desde logo ressaltar que a decisão aprovada pela maioria de votos dos membros do STF, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal, “*tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal*” (Lei Federal n. 9.868, de 10.11.1999, art. 28). Uma peculiaridade: nestas ações é admitida a intervenção de **amicus curiae** — lei citada, art. 7^o, § 2^o).

10.3. O controle de constitucionalidade pelo sistema *difuso*, importado do Direito norte-americano, poderá ser feito **incidenter tantum** por *qualquer juiz ou tribunal* (inclusive pelo STF e pelo STJ), em qualquer causa pendente em juízo.

O exame de constitucionalidade, nesses casos de apreciação **incidenter**, serve para “fundamentar” a decisão, estabelecendo uma *premissa lógica* (questão prejudicial) e, portanto, somente vale para aquele caso concreto; mas isso não impede que venha a constituir-se, pelo valor dos argumentos expendidos, em *precedente* relevante que poderá (e mesmo deverá) ser tomado em conta em futuros julgamentos de casos semelhantes, que venham a ser feitos pelo mesmo ou por outro órgão julgador.

10.4. No âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade somente pode ser examinada, em princípio, pelo *Tribunal Pleno ou por seu órgão especial* (nos tribunais numerosos, com mais de 25 membros, a CF prevê a existência de um “órgão especial”, com menor número de juizes, que desempenhará as atribuições de competência do Tribunal Pleno).

Assim, caso o órgão fracionário julgador venha a inclinar-se pela “inconstitucionalidade” de alguma norma de lei relevante para o julgamento da causa, deverá fazer *remessa do processo* ao Tribunal Pleno ou a seu órgão especial, para que este proceda ao julgamento **per saltum** da questão constitucional. Apreciada a questão constitucional pelo Pleno do Tribunal, o processo é *devolvido* à Câmara ou Turma para o julgamento da lide.

Aqui uma interessante observação: a declaração de inconstitucionalidade *pelo Plenário do Tribunal*, nas demandas “repetidas” (reiteração da mesma tese jurídica em sucessivas ações), *pode ser dispensada* quando o Plenário do mesmo Tribunal, ou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já se houver manifestado sobre a questão constitucional. Em tais casos, o próprio órgão fracionário apreciará **incidenter** a questão constitucional, adotando aquela mesma orientação já anteriormente decidida em julgamento plenário (Código de Processo Civil, art. 481, parágrafo único).

11. A *jurisprudência*, que é formada pela sucessão de decisões judiciais interpretando e aplicando a lei em um mesmo sentido, *não se constitui*, a rigor, em *fonte formal* do Direito brasileiro, embora venha a suprir as lacunas do ordenamento jurídico em casos concretos; excepcionalmente, todavia, a jurisprudência pode também conduzir à “revogação”, na prática, de uma norma legal.

Mas, embora não sendo “fonte formal” do Direito, é incontestável a influência dos *precedentes*, mesmo porque, na expressão de **José Pereira-Lira**, “a Lei é o direito *prometido*, a Jurisprudência, o direito *realizado*”.

Valem no Brasil os *precedentes* jurisprudenciais, não no sentido amplo e vinculante do **stare decisis** dos países de *common law*, mas sim na medida em que os precedentes são importantes, nos países do *civil law*, para influenciar a convicção dos juízes, quer pela força persuasiva dos argumentos, quer pelo prestígio e importância dos tribunais e dos magistrados que subscreveram os acórdãos formadores da jurisprudência.

Por certo que os juízes, nos casos de certa complexidade, ou nos casos repetidos, pesquisam a jurisprudência e costumam citá-la na fundamentação das sentenças e acórdãos, assim contribuindo para que a aplicação das leis mantenha uma determinada orientação, evitando-se na medida do possível os malefícios e problemas decorrentes da instabilidade jurisprudencial.

12. Em alguns casos, sob a pressão de necessidades sociais inadiáveis e evidentes, a *jurisprudência* *supre a inércia do legislador*, e vai paulatinamente “renovando” a interpretação de normas legais já incompatíveis com os novos tempos; assim, após longo trabalho interpretativo, a compreensão da lei apresenta-se praticamente em sentido bem diverso de seu entendimento original.

Vejamos exemplo clássico. O antigo Código Civil, de 1916, em seu art. 1.523 dispunha que os atos dos prepostos somente acarretavam a responsabilidade civil dos preponentes (do patrão, do empregador) “provando-se que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. Mas vieram os tempos dos veículos motorizados e dos transportes de massa, e as vítimas de acidentes de trânsito com frequência ficavam desamparadas: quase sempre o condutor do veículo de transporte coletivo, sendo pobre, não dispunha de recursos para responder à ação indenizatória; e os empregadores (como as empresas de ônibus, de ferrovias, de bondes) alegavam que em nada haviam concorrido para o acidente, pois teriam contratado pessoa legalmente habilitada para tal emprego e a ela determinado conduta prudente.

Para evitar denegação de justiça, os juízes de primeiro grau, seguidos logo pelos tribunais, vieram a exigir que os empregadores fizessem prova da inexistência da culpa **in eligendo** ou **in vigilando**. Mais tarde, passou abertamente a prevalecer uma responsabilidade ampla, considerando-se os empregados como uma **longa manus** do empregador, o qual, lucrando com a atividade, deveria arcar também com os respectivos ônus.

Tal jurisprudência, de excepcional força “revocatória”, foi por fim *recebida pelo novo Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002, cujo artigo 933 dispõe

que as pessoas (pais, tutores, empregadores etc) indicadas no artigo 932, “ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Como vemos, a jurisprudência adiantou-se de muitas décadas ao legislador moroso...

13. Apresenta-se como ponto importantíssimo no Direito brasileiro a instituição das “súmulas da jurisprudência dominante”, adotadas primeiramente pelo Supremo Tribunal Federal, seguido pelo Superior Tribunal de Justiça e, em muito menor escala, por outros tribunais.

13.1. Sob iniciativa pioneira do saudoso Ministro Victor Nunes Leal, a partir de 1963 o Supremo Tribunal Federal, visando melhor revelar, dar ao conhecimento geral sua “jurisprudência dominante” sobre temas polêmicos e de maior interesse, resolveu passar a *resumir* tal jurisprudência em enunciados breves, ou seja, em *súmulas*.

Estas súmulas vêm servindo como *método de trabalho*, facilitando as decisões do próprio STF (às volta com um volume de serviço já então avultado, e atualmente imenso); e também como *método de divulgação, ao facultar aos demais tribunais, à Administração, aos advogados e ao mundo jurídico um mais fácil conhecimento da orientação da Alta Corte*.

13.2. A Súmula é, portanto, um *resumo* do que foi decidido em sucessivos acórdãos do Tribunal, que hajam adotado idêntica interpretação em determinada norma ou conjunto de normas.

A súmula não cria direito, não impede a evolução da jurisprudência. Os tribunais, destarte, *não estão obrigados a seguir as orientações do STF e do STJ*, embora normalmente o façam, mesmo porque, ao fim da cadeia recursal, a questão chegará, por via do recurso extraordinário ao conhecimento do Supremo Tribunal, ou por via do recurso especial ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça.

Como está na ementa de aresto do STJ, “a real ideologia do sistema processual, à luz do princípio da efetividade processual, do qual emerge o reclamo da celeridade em todos os graus de jurisdição, impõe que o STJ decida consoante o STF acerca da mesma questão, porquanto, do contrário, em razão de a Corte Suprema emitir a última palavra sobre o tema, decisão desconforme do STJ implicará o ônus de a parte novamente recorrer para obter o resultado que se conhece e que na sua natureza tem função uniformizadora e, **a fortiori, erga omnes**” (AgRg no REsp n. 527.697, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, ac. de 05.02.2004, DJ de 1^o.03.2004, p. 137).

13.3. A súmula *não é lei*, não se reveste da *eficácia de lei*, mas sim apresenta-se como um eloqüente “convite” a que uma determinada exegese passe a ser adotada pelos operadores do Direito, a bem da desejável estabilidade da vida jurídica.

Têm eficácia *vinculativa*, como já foi exposto, apenas aquelas decisões tomadas nas *ações diretas de inconstitucionalidade* ou de *constitucionalidade*, de competência *originária* do Supremo Tribunal Federal.

Um esclarecimento: no projeto de reforma constitucional do Poder Judiciário, ora em curso no Senado Federal, e sob intensa discussão, é proposta a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria qualificada, editar *súmulas vinculantes* em determinadas matérias. Até este momento, é impossível dizer se tal proposta será aprovada.

14. Note-se que as súmulas podem ser *revogadas* pelo próprio tribunal que as editou (o que já ocorreu algumas vezes), geralmente diante de legislação superveniente ou de novas diretrizes decorrentes inclusive das mudanças na composição dos integrantes das Cortes (no Brasil, os magistrados são *vitalicios*, mas, como os servidores públicos em geral, aos setenta anos de idade são aposentados compulsoriamente; e podem aposentar-se voluntariamente ao completar trinta e cinco ou trinta anos de serviço público).

15. Até o momento, o Supremo Tribunal Federal já editou 736 súmulas. Apenas a título ilustrativo, mencionemos cinco súmulas do STF:

“*Súmula n. 456.* O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o Direito à espécie.”

“*Súmula n. 625.* Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”

“*Súmula n. 645.* É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”

“*Súmula n. 679.* A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.”

“*Súmula n. 726.* Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

O Superior Tribunal de Justiça, instalado em 1989, por sua vez, já editou 279 súmulas sobre a matéria de sua competência. Citemos três, colhidas ao acaso:

“*Súmula n. 247.* O contrato de abertura de crédito em conta corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória”.

“*Súmula n. 268.* O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado”.

“*Súmula n. 278.* O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

16. Sob outro ângulo, como mencionou mestre **Barbosa Moreira**, a jurisprudência, “apesar de não adotarmos o princípio da eficácia vinculativa dos precedentes, já contribuiu poderosamente para modelar o ordenamento jurídico” (“Temas de Direito Processual — 8ª Série”, Saraiva, 2004, p. 31).

E lembra o ilustre processualista a enorme importância da jurisprudência *no fixar novos rumos em matéria de Direito de família*, contribuindo, por exemplo, para a paulatina atribuição de direitos à concubina, usando para tanto do expediente do reconhecimento de uma *sociedade de fato*, e isso até que o legislador, em nível constitucional (e depois em leis ordinárias) viesse expressamente a contemplar a novo instituto jurídico da *união estável*.

Esta *renovadora influência da jurisprudência* tem se feito sentir, em maior ou menor escala, em todo o universo jurídico, com invocação do princípio da “proporcionalidade”, do resguardo do “devido processo legal substantivo”, da “lógica do razoável”.

17. A influência da *jurisprudência dominante* também se faz poderosamente sentir em *matéria recursal* (“jurisprudência dominante” é considerada aquela que prevalece em um tribunal, através de sucessivas decisões, quer já tenha sido estabilizada em súmula, quer ainda não haja sido sumulada).

Assim, uma tendência atual do Direito Processual brasileiro (e não exclusivamente do Direito brasileiro) é a de *substituir o julgamento colegiado, em segundo grau de jurisdição, pelo julgamento apenas pelo Relator*.

Vejamos exemplos.

17.1. Caso o Relator considere que um determinado recurso apresentasse como “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”, poderá o próprio Relator *negar-lhe seguimento* (CPC, art. 557, **caput**).

Portanto, se o recurso houver sido interposto com contrariedade à *jurisprudência dominante*, é autorizado o próprio Relator a, em *decisão monocrática*, trancar o seu processamento, assim ficando sumariamente mantida a decisão recorrida.

17.2. Todavia, pode ocorrer a situação contrária: é a *decisão recorrida* que apresenta evidente contrariedade “*com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*” (STJ, TST); nesses casos, o Relator poderá, também em decisão monocrática, *dar provimento ao recurso* (CPC, art. 557, § 1^o-A).

17.3. Os casos de “substituição” do órgão colegiado pelo Relator são previstos em *lei* (em certos casos, no Regimento Interno do tribunal). E ainda é previsto que contra a decisão do Relator caberá, no prazo de cinco dias, um novo tipo de “agravo” ao colegiado (este agravo passou a ser corretamente denominado de *agravo interno*; aliás, é ainda chamado também de “agravo regimental”, isso porque antes constava apenas dos regimentos internos).

18. Esta técnica de “julgamento monocrático” aplica-se não só nos tribunais locais de 2^o grau como, igualmente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Assim, se um recurso extraordinário ou um recurso especial teve sua admissão denegada na origem (pela Presidência do Tribunal *a quo*), dessa decisão pode ser interposto “agravo de instrumento” ao STF ou STJ.

No Tribunal Superior, se o Relator entender que o acórdão recorrido é *contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou do STJ*, poderá, *ele Relator*, em decisão monocrática, conhecer desde logo do próprio recurso extraordinário ou especial (ou do agravo interposto contra a decisão de não-admissão), e *dar-lhe provimento*.

Novamente, pois, a técnica de “substituição” do julgamento colegiado pelo julgamento singular.

Assim, a jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, “de tal sorte que os Relatores dos apelos extremos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito”. Ocorre, pois, uma interpenetração dos sistemas do *civil law* e do *common law*, com aprimoramento da aplicação isonômica do Direito (Ministro Luiz Fux, ac. **cit.**).

19. A *divergência jurisprudencial* apresenta-se relevante também como “fundamento de admissibilidade” de determinados recursos, com a finalidade precípua de contribuir para a desejável *uniformização da jurisprudência*.

Assim, o *recurso especial* ao Superior Tribunal de Justiça encontra na divergência jurisprudencial um dos fundamentos de admissibilidade. Consoante o art. 105, III, inciso c, da CF, o recurso especial é cabível quando uma decisão final de Tribunal Regional Federal ou de Tribunal estadual “der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

Cuida-se portanto, em última análise, da função de *uniformização da lei federal*; assim, não cabe recurso especial quando se alegue violação de norma de lei “estadual” ou “municipal”, temas em que a última palavra é dada pelo Tribunal do respectivo Estado-Membro.

Vale reiterar, outrossim, que se a questão controvertida disser respeito diretamente à exegese de uma norma “constitucional”, caberá o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, e não o recuso especial.

20. No âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a função uniformizadora da jurisprudência “interna” da Corte é dada pelos “*embargos de divergência*”, nos termos do art. 546 do CPC.

Assim, é embargável a decisão de Turma do *Supremo Tribunal Federal* (o STF divide-se em duas Turmas, de cinco Ministros cada uma), proferida em recurso extraordinário, quando “divergir do julgamento da outra Turma ou do Plenário”.

No *Superior Tribunal de Justiça* (composto de 33 Ministros, dividindo-se em seis Turmas de cinco Ministros cada), são cabíveis os embargos de divergência quando a decisão de uma Turma, proferida em recurso especial, “divergir do julgamento de outra Turma, da Seção ou do Órgão Especial”.

Os embargos de divergência são julgados pelo Plenário do STF ou do STJ e, assim, muito contribuem para a formação da “jurisprudência dominante”, conduzindo à subsequente edição de súmula, caso o Tribunal assim considere conveniente.

21. A desejável estabilidade na exegese das leis pode ser encontrada, ainda, mediante um procedimento “incidental” para *uniformização de jurisprudência* (arts. 476 a 479 do CPC), pelo qual qualquer juiz, ao proferir seu voto na Câmara ou Turma, pode solicitar a *manifestação prévia do Tribunal*

*Pleno sobre **quaestio juris** relevante ao julgamento, a cujo respeito ocorra divergência atual no seio do mesmo Tribunal, isto é, **intra muros**. (Este procedimento incidental também pode ser requerido *pela parte*).*

Sendo acolhida a solicitação, o processo será *remetido ao Tribunal Pleno*; reconhecida a divergência, dará o Tribunal a interpretação a ser observada pelo órgão fracionário julgador, ao qual será o processo a seguir *devolvido* para a apreciação do mérito. Quando tomada por “maioria absoluta”, a interpretação dada pelo Tribunal Pleno será objeto de “súmula”.

Cumpra dizer que o incidente de “uniformização da jurisprudência” não alcançou seus objetivos: por mais de um motivo, foi *pouquíssimo adotado nos tribunais* (o julgamento “por etapas”, a exigência de manifestação do Tribunal Pleno, resultam em procedimento processualmente complexo e moroso...), o que abriu caminho a uma nova técnica, exposta no item a seguir.

22. A Lei n. 10.352/2001, alterando o *art. 555, § 1^o do CPC*, adotou para os recursos em geral um sistema mais expedito e simples, já utilizado com êxito nos Tribunais Superiores (conforme seus Regimentos Internos), a fim de propiciar a uniformidade da jurisprudência: é a técnica do *deslocamento da competência* para o julgamento do próprio recurso, de um órgão fracionário menor (Câmara ou Turma) para um órgão colegiado mais numeroso, indicado pelo Regimento Interno.

O aludido parágrafo ficou com a seguinte redação:

“Art. 555 (...)

§ 1^o Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre Câmaras ou Turmas do Tribunal, poderá o Relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

Assim, com base no interesse público em evitar divergências “internas”, entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal (tanto mais maléfica quanto mais elevada a hierarquia do tribunal), o legislador adotou a técnica de *transferir a competência para o julgamento integral do feito* (julgamento da causa, e não apenas daquela ou daquelas questões onde a divergência haja surgido) para um órgão mais numeroso, capaz de fixar em definitivo uma *jurisprudência predominante*, a qual possa impor-se por sua força persuasiva nos futuros julgamentos, e possivelmente dar margem à edição de súmula.

Postas estas premissas, passemos a responder às indagações propostas:

1. Segundo o ordenamento jurídico de seu país, é a jurisprudência fonte do Direito? É fonte principal ou direta, ou fonte complementar?

R. Nos termos já expostos, *itens 11 e seguintes*, apresenta-se “praticamente” como *fonte complementar*.

2. Em todo o caso, em realidade, que valor prático tem a jurisprudência? Que exemplos (“casos judiciais”) poderia mencionar de jurisprudência criadora de direitos?

Em seu país, discutiu-se a legitimação democrática do juiz (tribunais ou cortes) para criar direito?

R. No Brasil, na prática a jurisprudência apresenta enorme importância na “revelação” do Direito. Para exemplo de “casos judiciais”, vide a exposição do *item 12*.

No alusivo à “legitimação” dos tribunais para *criar Direito*, tal polêmica questão vem sendo nos últimos anos ressuscitada por uma “moderna” corrente de magistrados que propugnam por um “Direito alternativo”, segundo o qual o juiz não teria o dever de fazer cumprir as “leis injustas”.

(Trata-se, é bom dizer, de modernidade muito “antiga”, com raízes na *libre recherche* francesa; na Alemanha e Áustria, do *direito justo* ou *livre pesquisa do direito* — *Freie Rechtsfindung*, em teses sistematizadas por **Gény** e por **Ehrlich**, seguidos por **Armínio Kantorowicz** — *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, autorizando a decisão até **contra legem**).

Esta doutrina do “Direito alternativo”, todavia, embora vista com alguma simpatia por acórdãos isolados de tribunais locais, não mereceu o endosso das Cortes Superiores e da jurisprudência em geral; mas isso, é claro, não impede a veemente influência da jurisprudência na “renovação” do direito.

Como na lição de **Mário Guimarães**: “Não se dirá, entretanto, com muita propriedade, que o juiz cria o direito. Aperfeiçoa-o — eis a diferença. A semente originária é lançada pelo legislador” (“O Juiz e a Função Jurisdicional”, Forense, 1958, n. 197).

O Direito brasileiro mantém a respeito sábia regra de interpretação: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” — *Lei de Introdução ao Código Civil*, art. 5^ª. E continua sendo considerado evidente que a figura do *judge made law*, arvorando-se o

juiz em legislador, gera o arbítrio do Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Legislativo.

Vide *itens 13 e seguintes.*

3. Existe o conceito de jurisprudência vinculante, e que valor tem ante os tribunais?

Os Tribunais Superiores participam do processo legislativo? Caso o façam, qual o efeito concreto de dita participação?

R. Quanto à “jurisprudência vinculante”, reporto-me ao exposto nos *itens 16 e seguintes.*

No alusivo à “iniciativa legislativa”, os Tribunais Superiores no âmbito federal (STF, STJ, TST, TSE, STM), bem como os Tribunais de Justiça no âmbito dos Estados-Membros, podem apresentar projetos de lei, salvo em matérias de iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61 e § 1^o).

Os tribunais têm exercido moderadamente tal direito constitucional, fazendo-o quer pela iniciativa “direta”, quer encaminhando anteprojetos através do Poder Executivo; e utilizam essa faculdade naqueles assuntos de interesse mais direto do Poder Judiciário ou do exercício da jurisdição.

Além disso, como ao Poder Judiciário “é assegurada autonomia administrativa e financeira” (CF, art. 99), aos tribunais compete elaborar “suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na Lei de Diretrizes Orçamentárias” (CF, art. 99, §§ 1^o e 2^o).

4. Qual o órgão que pode estabelecer jurisprudência em seu país? A sentença que estabelece jurisprudência deve conter certas particularidades quanto ao procedimento seguido para chegar à decisão e com respeito à integração do órgão judicial?

Há previsões normativas que exigem respeitar o precedente?

R. A jurisprudência *resulta simplesmente de uma sucessão de decisões judiciais com a mesma orientação*; assim, é possível falar de jurisprudência em sentido amplo (**v.g.**, a jurisprudência “brasileira”) e da jurisprudência de determinado tribunal (a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal) ou de determinado ramo do Judiciário (a jurisprudência “trabalhista”).

Pelo exposto, e tendo em vista que qualquer decisão judiciária (de juiz singular ou de tribunal) pode, em tese, incluir-se como “fonte” de jurisprudência, não é admissível, ante a sistemática brasileira, cogitar de nenhum procedimento especial nem exigência relativa à composição do órgão judicante.

Vale entretanto observar que *para a declaração de inconstitucionalidade da lei*, pela via **incidenter**, exige-se nos tribunais a “maioria absoluta” de seus integrantes (lembramos, ainda, que a inconstitucionalidade incidental de norma legal, como mero “fundamento” da decisão, pode ser declarada por qualquer juiz singular). Vide *o exposto nos itens 10 e seguintes*.

Acrescentemos que não há, no Brasil, previsão legislativa que exija respeito ao precedente.

Exceção: no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, pela forma concentrada, a decisão do STF, por si só, afasta do mundo jurídico a norma afetada pela ofensa à Constituição, e tal decisão portanto vale erga omnes, com efeito vinculativo (itens 10.1 e 10.2).

6. Qual é o mecanismo judicial mediante o qual se produz jurisprudência (v.g., recurso de cassação, recurso extraordinário, sentença plenária etc)?

O tribunal, que decide o caso concreto que originou o recurso e cria jurisprudência, assume competência positiva e decide as questões propostas, ou reenvia a outro tribunal?

R. Não temos nenhum “mecanismo judicial” para produção da jurisprudência. *Ela surge pela simples sucessão de decisões judiciais em um mesmo sentido*, firmando posição determinada tese de direito. Podem ser decisões de primeira instância (sentenças); podem ser, como mais comum, decisões de tribunais (acórdãos) proferidas quer em competência recursal, quer em competência originária do tribunal.

Considerando o teor da indagação, completemos a resposta:

a) *não temos, no Brasil, um específico “recurso de cassação”*. O “pedido” de cassação, decorrente de vício **in procedendo**, poderá ser formulado no recurso que venha a ser interposto da decisão alegadamente nula;

b) *não adotamos a figura do reenvio relativamente ao mérito*. Muito ao contrário: embora a sentença haja sido meramente “terminativa” do processo (sem julgamento de mérito), o tribunal pode dar provimento a uma apelação do autor e, considerando irrelevante a questão preliminar, entrar no exame do mérito e dar provimento à demanda, isso naturalmente se a causa já estiver “em condições de imediato julgamento” (CPC, art. 515, § 3º, acrescentado pela Lei n. 10.352/2001, com ampliação do “efeito devolutivo” da apelação).

7. No caso de existir jurisprudência de Estados e Províncias (ou comunidades equivalentes), quais são os métodos de uniformização das diversas jurisprudências dentro do mesmo Estado?

R. Devemos considerar que no Brasil a legislação civil, comercial, processual etc, é *legislação federal* (vide item 9), sendo aplicada pela Justiça da União e pelas Justiças dos Estados-Membros. Assim, a uniformização de jurisprudência pelas Justiças dos Estados-Membros obedece às mesmas regras já expostas na parte introdutória — *itens 11 e seguintes*.

Assim também em se tratando de divergências quanto à aplicação de leis estaduais — **v.g.**, matéria referente à tributação estadual, aos serviços públicos estaduais etc.

8. Como se retificam os “desvios” jurisprudenciais em que possa incorrer a Corte Suprema ou a Corte de Cassação?

R. Não adotamos o *stare decisis*, o princípio do Direito anglo-americano que impõe o respeito aos precedentes jurisprudenciais — *a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction* (**Mauro Cappelleti**, “O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado”, Fabris Ed., 1984, p. 80).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, se convencido de que deva mudar de rumos (ou porque reconhece equívoco na anterior exegese da lei, ou porque novos tempos implicam novas soluções), simplesmente irá, na nova decisão, “corrigir” o anterior “desvio” jurisprudencial. (Aliás, também a Corte Suprema dos EUA tem alterado, como notório, sua jurisprudência em questões da maior relevância, como, **v.g.**, a da segregação racial).

Caso a matéria tenha sido sumulada pelo STF, a súmula será cancelada. E assim também procede o Superior Tribunal de Justiça.

Vide os itens 13 e seguintes.

9. Como se produz o progresso jurisprudencial (*el cambio jurisprudencial*), sem quebrar o valor da “jurisprudência consolidada”?

R. Tudo depende das situações concretas. Por vezes, o “progresso” jurisprudencial é feito por etapas, consideradas as novas circunstâncias trazidas ao conhecimento do julgador. Outras vezes, geralmente por força da legislação superveniente, a “jurisprudência consolidada” perde sua atualidade, e passa simplesmente a compor a “história” do Direito.

10. Frente a um *cambio de la jurisprudencia*, que sorte correm os fatos debatidos de conformidade com uma jurisprudência anterior?

Que exemplos poderia mencionar de decisões em seu país que hajam resolvido o problema da irretroatividade e as mudanças jurisprudenciais?

R. As situações pretéritas consolidadas, os julgamentos já proferidos, *estarão ao abrigo da coisa julgada*, a qual inclusive constitui garantia constitucional.

Está no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No plano infraconstitucional, lê-se no art. 467 do CPC que se denomina “coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Aliás, é conveniente referir que a mudança, ou as incertezas na jurisprudência referente a uma determinada questão de direito, não autoriza sequer o ajuizamento de *ação rescisória*, como dispõe a Súmula n. 343 do STF, **verbis**:

“Súmula n. 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Porto Alegre, março de 2004.