

OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ

**SEGURANÇA JURÍDICA E VINCULAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS — ANÁLISE DA
RELAÇÃO ENTRE A FORMAÇÃO DA COISA
JULGADA E A SÚMULA VINCULANTE NO
DIREITO BRASILEIRO**

DOUTORADO EM DIREITO

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

OSMAR MENDES PAIXÃO CÔRTEZ

**SEGURANÇA JURÍDICA E VINCULAÇÃO
DAS DECISÕES JUDICIAIS — ANÁLISE DA
RELAÇÃO ENTRE A FORMAÇÃO DA COISA
JULGADA E A SÚMULA VINCULANTE NO
DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada à banca examinadora, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Sociais (Subárea de Direito Processual Civil), sob a orientação do Professor Doutor Antônio Carlos Mendes.

SÃO PAULO

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

2007

*A Ana Luiza, com amor, por tudo o que
estamos construindo juntos, e a
Maria Cristina, minha mãe, com carinho,
pelo exemplo e dedicação*

Agradecimentos

*Ao Professor Antonio Carlos Mendes,
meu orientador,*

*A Ana e Othon, meus colegas de mestrado
e de doutorado, a Sérgio, colega de
doutorado,*

*A André Barros, amigo que ajuda sempre
nas traduções.*

RESUMO

A tese trata da relação entre a coisa julgada e a súmula vinculante no Direito Brasileiro, a partir do exame da segurança jurídica e da vinculação das decisões judiciais. Inicialmente, são traçadas considerações sobre a segurança jurídica, abordando temas como sua importância histórica, efetividade e desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, dedica-se ao estudo da coisa julgada, essencial à efetivação da segurança jurídica, destacando sua regulamentação no Direito Inglês, no Norte-americano, no Português e no Brasileiro, com ênfase para a atual tendência à sua relativização, e também estuda-se a vinculação das decisões judiciais na *common law* e na *civil law*, buscando a compreensão do instrumento dos precedentes (*stare decisis*) e analisando a experiência nacional quanto à vinculação das decisões. Recente alteração legislativa incluiu no ordenamento brasileiro a súmula vinculante, que tem sua natureza, funções e procedimento examinados na presente tese. O debate central gira em torno da relação entre a súmula vinculante, a coisa julgada e a segurança jurídica. Isso porque tanto a súmula vinculante como a coisa julgada servem para realizar a segurança jurídica, mas problemas podem surgir com a convivência de ambos institutos no Direito Brasileiro. A proposta da presente tese, inovadora, é, a partir dos temas tratados, responder ao questionamento de se, formada a coisa julgada contrária à súmula vinculante, antes ou depois da sua edição, ela existirá, será nula ou poderá ser desconstituída. A vertente metodologia será jurídico-dogmática, tratando dos elementos internos do ordenamento objetivo.

ABSTRACT

This dissertation analyses the relationship between *res judicata* and precedent in the Brazilian Law, examining the juridical safety and the binding of the judicial decisions. Initially, considerations are made about juridical safety, exploring themes such as its historical relevance, effectiveness and the development of juridical safety in Brazilian Law. Next comes the study of the *res judicata*, essential to the effectiveness of the juridical safety, detailing how it is regulated in different juridical contexts – British, American, Portuguese and Brazilian – and emphasizing the current tendency towards its relativization. The study also examines the binding of the judicial decisions in the *common law* and the *civil law* in order to understand the instrument of precedent (*stare decisis*), and analyzes the Brazilian experience with binding decisions. Recent changes in the legislation have included the precedent in the Brazilian order, and its nature, functions and procedures are examined in this dissertation. The central debate revolves around the relationship between precedent, *res judicata* and juridical safety. Although both precedent and *res judicata* are instrumental to the provision of juridical safety, problems may nevertheless arise from the coexistence of these two institutes in the Brazilian Law. In an innovative way, this dissertation intends to answer, based on the themes examined, the question whether the precedent formed against the *res judicata*, before or after this being published, will exist, will be null or might be rescinded. The methodological approach adopted here is juridical-dogmatic, dealing with the internal elements of the objective order.

Banca Examinadora

Sumário

INTRODUÇÃO	10
1. A segurança jurídica	15
1.1. A importância histórica da segurança jurídica	15
1.2. Instrumentos de efetivação da segurança jurídica	32
1.3. Segurança jurídica e efetividade da prestação jurisdicional	35
1.4. A segurança jurídica e o ordenamento processual civil brasileiro	45
2. A coisa julgada	50
2.1. A importância da coisa julgada para a segurança jurídica	50
2.2. Referência à coisa julgada na <i>common law</i> — Direito Inglês e Norte-americano	53
2.3. Referência histórica à coisa julgada no ordenamento processual civil português e no brasileiro	64
2.4. A coisa julgada formal	77
2.5. A coisa julgada material	79
2.6. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	83
2.7. A desconstituição da coisa julgada — ação rescisória	92
2.7.1. Hipóteses de cabimento da ação rescisória	102
2.7.2. Juízo rescisório e rescindendo e outras questões sobre o cabimento da ação rescisória	114
2.8. A moderna tendência à relativização da coisa julgada — hipóteses e críticas	121
3. A vinculação das decisões judiciais	158
3.1. A <i>common law</i> e a vinculação pelos precedentes	158
3.1.1. Referência histórica ao surgimento e desenvolvimento da <i>common law</i> e do <i>stare decisis</i>	158
3.1.2. A jurisprudência e os precedentes no Direito Inglês — <i>stare decisis</i> ...	200
3.1.3. O desenvolvimento do <i>statute law</i> — descaracterização dos precedentes?	213
3.1.4. Há interpretação na <i>common law</i> ?	217
3.1.5. O Direito Norte-americano e os precedentes	220
3.2. A vinculação das decisões judiciais no sistema romano-germânico	236

3.2.1. Referência histórica ao surgimento e desenvolvimento do sistema romano-germânico	236
3.2.2. A vinculação das decisões judiciais pelos precedentes no Direito Português	248
3.2.3. As normas jurídicas, sua interpretação e a jurisprudência	271
3.2.3.1. As normas jurídicas — regras e princípios	271
3.2.3.2. A interpretação na <i>civil law</i>	275
3.2.3.3. A jurisprudência e a sua função	288
3.3. Os limites do Poder Judiciário no exercício da jurisdição	298
3.4. A (im)possibilidade de criação de normas pelo juiz	306
3.5. O Direito Brasileiro e a vinculação das decisões judiciais	311
3.5.1. A experiência do Direito Brasileiro com a vinculação das decisões judiciais	311
3.5.2. A súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004	340
3.5.3. A natureza da súmula vinculante	347
3.5.4. A função da súmula vinculante	351
3.5.5. Edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes	356
3.5.6. Regulamentação legislativa	361
3.5.7. Análise crítica do instituto	367
4. A súmula vinculante, a coisa julgada e a segurança jurídica	371
4.1. A súmula vinculante enquanto instrumento para realizar a segurança jurídica, com a previsibilidade das decisões judiciais	371
4.2. A súmula vinculante em confronto com a segurança jurídica	376
4.2.1. A coisa julgada formada contrária à súmula vinculante após sua edição	378
4.2.2. A coisa julgada formada contrária à súmula vinculante antes da sua edição	382
4.2.3. Cabimento de ação rescisória para desconstituir decisão formada em contrariedade à súmula vinculante	383
4.2.4. Análise e proposta de solução do problema	389
CONCLUSÃO	392
BIBLIOGRAFIA	396

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da relação entre a coisa julgada e a súmula vinculante no Direito Brasileiro, a partir do exame da segurança jurídica e da vinculação das decisões judiciais.

Para a correta compreensão de um instituto, não se deve considerá-lo apenas no tempo presente, desprendido de suas raízes, mas, sim, analisar detalhadamente sua origem, buscando sua razão de ser, observando seu desenvolvimento, verificando quais alterações e adaptações foram produzidas e situando-o historicamente.

O estado atual de um instituto não reflete, necessariamente, os seus objetivos, a sua função, nem explica a sua utilização, o que só pode ser alcançado pela análise da sua evolução.

A pretensão do presente estudo é, a partir da análise do princípio da segurança jurídica e da vinculação das decisões judiciais, refletidos na coisa julgada e na súmula vinculante, demonstrar as controvérsias que podem surgir com a coexistência de ambos institutos no Direito Brasileiro e propor soluções.

Para tanto, o trabalho encontra-se dividido em quatro partes.

Na primeira delas, tratar-se-á da segurança jurídica. Iniciar-se-á com o destaque da importância histórica do valor segurança, estampado no princípio da segurança jurídica. A partir, principalmente, das lições de Chaím Perelman e de Gustav Radbruch, nota-se que a segurança é essencial até para que a justiça, objetivo constante do Direito, seja atingida.

Há, assim, instrumentos para a efetivação da segurança, como a existência de normas, da coisa julgada e da vinculação das decisões judiciais.

Por, a princípio, colidir com a efetividade da prestação jurisdicional, hoje assegurada pela Constituição da República, referir-se-á o conflito entre a segurança jurídica e a preocupação legislativa em assegurar uma prestação jurisdicional célere e efetiva. Ao final do capítulo, demonstrar-se-á como o ordenamento processual civil brasileiro assegura o respeito à segurança jurídica.

O objetivo da primeira parte, embora sucinta, é tratar de temas essenciais aos capítulos seguintes, pois a premissa de que a segurança jurídica estampa valor

fundamental para a manutenção da ordem é essencial para a conclusão e para os objetivos do estudo.

O segundo capítulo é destinado à coisa julgada, instrumento de efetivação da segurança jurídica.

Embora se observe a aproximação entre as duas grandes famílias do Direito contemporâneo (*common* e *civil law*) e a falta de elementos que as distingam nitidamente, na atualidade, é importante o estudo de institutos da *common law*, ainda que historicamente situados. Analisa-se, assim, a coisa julgada no Direito Inglês e no Norte-americano, buscando exemplos a serem seguidos para facilitar, inclusive, a compreensão e a crítica do instrumento semelhante do Direito pátrio.

Da mesma forma, por ter o ordenamento brasileiro em grande parte se inspirado no português, estuda-se a coisa julgada no Direito Luso até chegar à sua regulamentação no Direito Brasileiro vigente, passando pela distinção entre coisa julgada formal e material, seus limites objetivos e subjetivos.

Em outro tópico do capítulo, examina-se a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, pelo instrumento próprio, a ação rescisória. Pela importância da coisa julgada, que estabiliza as relações sociais, o cabimento da ação é restrito. Estudam-se, assim, as hipóteses admitidas pelo Código de Processo Civil, bem como questões outras relacionadas ao cabimento, com a intenção de melhor compreender o instituto e o porquê da restrição à sua admissibilidade.

Nessa linha, ao final do capítulo, trata-se da moderna tendência à relativização da coisa julgada, trazendo as principais posturas defendidas, os prós e, principalmente, os contras da banalização e admissão ampla da relativização.

A intenção principal do capítulo é demonstrar que a coisa julgada tem tamanha importância, não só para o caso concreto que teve decisão transitada em julgado, mas para todo o ordenamento e para todas as relações sociais. Assim, apenas excepcionalmente, deve-se admitir a sua desconstituição, sob pena de o próprio Poder Judiciário perder credibilidade.

O terceiro e central capítulo é dedicado ao estudo da vinculação das decisões judiciais e tem início com o exame detido dos precedentes na *common law*.

Para uma completa compreensão dos precedentes e do sistema do *stare decisis*, típicos do Direito Inglês e do Norte-americano, refere-se o surgimento e o

desenvolvimento da *common law*. Entendidas as particularidades da sua formação e o porquê da adoção dos precedentes vinculativos, analisa-se a questão na Inglaterra e nos Estados Unidos até a atualidade.

Ainda nesse tópico, são tratadas as questões da interpretação na *common law*, considerando o diferente papel do julgador (mais ativo e criativo) e do desenvolvimento do *statute law* (ou Direito legislado) — descaracteriza-se ou não o tradicional sistema do *stare decisis*.

Da vinculação das decisões judiciais no sistema romano-germânico trata-se na segunda parte do capítulo, referindo-se ao surgimento e ao desenvolvimento dessa família do Direito e, em especial, do Direito Português que, além de inspirar, chegou a ser adotado expressamente no Direito Brasileiro.

Notar-se-á que, apesar de não como uma marca característica, o Direito Português chegou a adotar instrumento de vinculação das decisões judiciais: os assentos. Com o tempo, todavia, abandonou-se essa experiência (que caracteriza mais os países de *common law*) e preferiu-se uma sistemática recursal que possibilitasse a uniformização jurisprudencial, em especial nas Cortes Superiores.

Essencial, ainda, a distinção feita no capítulo, com base principalmente nos estudos de Ronald Dworkin e Eros Roberto Grau, entre normas, regras e princípios, para facilitar a compreensão do papel do juiz e da jurisprudência nos países de *civil law*. Concluir-se-á, então, que uma postura criadora é incompatível com a função jurisdicional, que deve se ater a limites, por razões de segurança jurídica e de respeito à separação dos Poderes, o que não significa que os magistrados limitem-se a, através de um raciocínio formal, aplicar as normas postas. Aí a importância da compreensão dos princípios e da atividade interpretativa.

A última parte do capítulo é sobre a experiência do Direito Brasileiro com a vinculação das decisões judiciais, no qual se destaca o mecanismo da súmula vinculante, introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 2004.

Analisa-se, então, a natureza, a função, a regulamentação legislativa infraconstitucional e as formas de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes para tornar possível a crítica do instituto.

a necessidade de adoção de outro instrumento (além dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e da coisa julgada), que possibilitasse uma maior efetivação da segurança jurídica, justificam a súmula vinculante que, apesar da pouca tradição nacional no assunto, se corretamente utilizada, auxiliará e otimizará a prestação jurisdicional, tornando-a mais efetiva e segura.

O último capítulo constitui a tese em si do presente trabalho. A partir dos temas e assuntos tratados nos capítulos anteriores, é dedicado à análise da relação entre a súmula vinculante, a coisa julgada e a segurança jurídica.

Tanto a súmula vinculante como a coisa julgada servem para realizar a segurança jurídica. Como, então, será a convivência de ambas no nosso Direito, da família romano-germânica e com pouca tradição em vinculação de decisões judiciais? Se formada a coisa julgada contrária à súmula, antes ou depois da sua edição pelo Supremo Tribunal Federal, ela existirá, será nula, poderá ser desconstituída?

Essas são as questões centrais que serão respondidas (como proposta de solução do problema), após análise que parte dos elementos, das premissas e das constatações dos capítulos anteriores.

Apesar de o estudo ser inicialmente descritivo, são traçadas, ao longo do texto, considerações de cunho pessoal sobre a matéria, e adentra-se o estudo, embora de forma não exaustiva, de temas outros relevantes à compreensão da relação entre a súmula vinculante e a coisa julgada, enquanto instrumentos de realização da segurança jurídica.

Preferiu-se fontes primárias e utilizou-se doutrina especializada sobre o tema, no Direito estrangeiro, até porque pouco há, com densidade, sobre o assunto no Direito pátrio.

Para facilitar a compreensão, o acesso e a leitura, todas as fontes legais foram transcritas, no corpo do texto ou em notas de rodapé, dependendo da importância e do enfoque dados, e todas as citações e transcrições de doutrina, textos legais e expressões estrangeiras foram traduzidos para o português pelo Autor.

Sobre os temas, incidentais ao objeto do estudo, brevemente desenvolvidos, o foram sempre com o intuito de agregar material útil ao objeto central, como a distinção entre normas, regras e princípios, o papel da jurisprudência, o

raciocínio jurídico, o desenvolvimento da *common law* e da *civil law*, entre outros, sem, todavia, pretensão exaustiva.

Ao final, após considerações conclusivas, encontra-se referência à bibliografia utilizada.

1. A segurança jurídica

1.1. A importância histórica da segurança jurídica

O Direito lida com valores. Ao contrário das ciências exatas, por ser um fenômeno cultural e trabalhar com a experiência humana, não tem como base verdades e certezas absolutas, mas valores, entre os quais são principais a justiça e a segurança.

A justiça é idéia específica do Direito, que tem esse valor como objetivo constante. Mas a própria definição de justiça não é pacífica, muito pelo contrário. Hans Kelsen, por exemplo, após explicitar que a teoria dos interesses leva em consideração o interesse subjetivo de alguém em algum objeto, anota que, aplicada aos valores de justiça, essa teoria mostra que haverá sempre a relação (ainda que indireta, pois através da norma) dependente de um interesse subjetivo de alguém em alguma coisa. E conclui que, portanto, “não há um padrão exclusivo de justiça: o que encontramos efetivamente são muitos ideais diferentes e, muitas vezes, conflitantes”.¹

E, indo além, Kelsen, como que sinalizando para a pureza do Direito, explica que:

“Às normas do Direito positivo corresponde certa realidade social, mas não às normas de justiça. Nesse sentido, o valor de Direito é objetivo, ao passo que o valor de justiça é subjetivo. E isso se aplica mesmo que às vezes um grande número de pessoas tenha o mesmo ideal de justiça. (...). Os juízos de justiça são juízos de valor morais ou políticos, em contraposição aos juízos jurídicos de valor. Eles pretendem expressar um valor objetivo. (...)”²

Carlos S. Nino, também, a corroborar para a dificuldade em definir a justiça, reconhece que, por certo, “quando formulamos um juízo de justiça, não podemos excluir a possibilidade de que os outros formulem juízos de justiça opostos, o mesmo que ocorre com juízos de qualquer outra índole”³.

¹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça*. p. 223

² *Id. Ibid.*

³ *Justicia* in VALDÉS, Ernesto Garzón, LAPORTA, Francisco J. (coord.). *El Derecho y la Justicia*. p. 469. Tradução nossa de “cuando formulamos un juicio de justicia no podemos excluir la posibilidad de que otros formulen juicios de justicia opuestos, lo mismo que ocurre con juicios de cualquier otra índole.”

John Rawls revitalizou uma teoria deontológica da justiça. Ele recorre ao contratualismo inerente às concepções de Rousseau e Kant para se opor ao utilitarismo e ao intuicionismo. Segundo Rawls, a aplicação de princípios de racionalidade leva à eleição de dois princípios de justiça: o primeiro estabelece que cada pessoa deve ter um Direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas que seja compatível com um sistema igual de liberdades para todos. O segundo princípio prescreve que as desigualdades sociais e econômicas devem ser dispostas de modo tal que, primeiro, sejam para o maior benefício dos que se encontram em posição social menos avantajada e, segundo, que devem se vincular a empregos e cargos acessíveis a todos. Sobre a disposição dos dois princípios, Rawls destaca:

“Estes princípios devem ser dispostos em uma ordem serial dando prioridade ao primeiro princípio sobre o segundo. Esta ordenação significa que as violações às liberdades básicas igualmente protegidas pelo primeiro princípio não possam ser justificadas nem compensadas mediante maiores vantagens sociais e econômicas. Estas liberdades têm um âmbito central de aplicação dentro do qual podem ser objeto de limites e compromissos somente quando entram em conflito umas com as outras, nenhuma destas liberdades é absoluta; sem dúvida, estão projetadas para formar um sistema e este sistema deve ser o mesmo para todos.”⁴

De Aristóteles, passando por Kant, até os dias atuais, muito se dedicou ao estudo da justiça. Chaïm Perelman bem realiza estudo sobre o tema, que merece ser referido, não por pretender esgotar o conceito de justiça, mas por buscar defini-la de

⁴ RAWLS, John. *Teoria de la justicia*. p. 83. Tradução nossa de: “Estos principios habrán de ser dispuestos en un orden serial dando prioridad al primer principio sobre el segundo. Esta ordenación significa que las violaciones a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas ni compensadas mediante mayores ventajas sociales y económicas. Estas libertades tienen un ámbito central de aplicación dentro del cual pueden ser objeto de límites y compromisos solamente cuando entren en conflicto con otras libertades básicas. Dado que pueden ser limitadas cuando entran en conflicto unas con otras, ninguna de estas libertades es absoluta; sin embargo, está proyectadas para formar un sistema y este sistema há de ser el mismo para todos.”

forma mais clara e precisa. Para tanto, procura encontrar uma noção de justiça que seja comum às diversas concepções⁵:

1 — *A cada qual a mesma coisa*

Para essa concepção, absolutamente igualitária, todos os seres devem ser tratados da mesma forma, sem levar em conta nenhuma particularidade que os diferencie.

Assim, todos os seres aos quais se deseja aplicar a justiça fazem parte de uma mesma categoria.

2 — *A cada qual segundo seus méritos*

Essa concepção não exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade própria, ao mérito (ou demérito).

Basta que as pessoas façam parte da mesma categoria quanto ao seu mérito para serem tratadas da mesma forma.

Nessa perspectiva de justiça, nota-se que o juiz deve apreciar os fatos que qualificam a pessoa, a fim de medir o mérito.

Pode-se dizer que não há justiça se houver a representação inadequada ou equivocada dos fatos.

3 — *A cada qual segundo suas obras*

Essa concepção também requer um tratamento proporcional. Leva-se em conta resultados obtidos, de obras ou conhecimentos.

Exemplo claro são provas de concurso, nas quais, havendo uma convenção entre o examinador e o candidato, considera-se não o esforço do candidato, mas apenas o resultado. Também o pagamento de salário por peça produzida por um empregado.

⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito. Direito*. pp. 19 e segs.

Poder-se-ia sustentar que a medida que antecede a comparação é subjetiva.

Para a justiça, entretanto, deve-se admitir um mesmo critério e que sejam as obras de mesma espécie. Segundo Perelman, não “se procurará comparar quadros com obras literárias, sinfonias com obras de arquitetura”⁶.

4 — *A cada qual segundo suas necessidades*

Essa fórmula leva em consideração, ao invés de méritos ou a produção da pessoa, a necessidade, na tentativa de diminuir os sofrimentos que resultam da “impossibilidade em que ele se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais”⁷.

Essa concepção influencia e está presente na legislação social contemporânea.

Os que fazem parte da mesma categoria, do ponto de vista de suas necessidades, devem ser tratados da mesma forma.

As necessidades, até para facilitar a aplicação da fórmula, devem ser determinadas por critérios formais, “baseando-se nas exigências do organismo humano em geral.”⁸

A diferença entre a caridade e essa concepção de justiça reside na circunstância de que esta se aplica somente a seres considerados como elementos em conjunto, enquanto que aquela toma os seres individualmente levando em conta suas características próprias.

5 — *A cada qual segundo sua posição*

É uma forma aristocrática de justiça, geralmente defendida pelos que são por ela beneficiados. Pressupõe que os seres com os quais se deseja ser justo estão repartidos habitualmente em classes hierarquizadas.

No exército, os soldados e oficiais, por exemplo, são tratados de forma diferente, tendo em vista a posição ocupada.

⁶ *Id.* p. 24.

⁷ *Id.* p. 10.

⁸ *Id.* p. 26.

Segundo essa fórmula, é justo tratar-se de forma diferente os membros das diversas classes, desde que se trate da mesma forma os que fazem parte da mesma classe.

Perelman destaca que um regime que aplica essa regra deve observar que aos direitos particulares correspondem responsabilidades especiais, sob pena de favoritismo sistematizado.

6 — *A cada qual segundo o que a lei lhe atribui*

Um juiz é justo, segundo essa concepção, se aplica às mesmas situações as mesmas leis. Ser justo seria aplicar as leis do país e injusto distorcer as regras do sistema jurídico.

Dupréel⁹ qualifica essa concepção de estática, por basear-se na manutenção da ordem estabelecida. As demais concepções são formas de justiça dinâmica por possibilitarem a modificação dessa ordem, das regras que a determinam.

Também, ao contrário das demais fórmulas de justiça, não autoriza a pessoa encarregada de aplicá-la a escolher a concepção de justiça que prefere, uma vez que deve observar a regra estabelecida.

É imposta, pela ordem estabelecida, a classificação e distribuição das pessoas em categorias determinadas, que devem ser levadas em conta.

Essa concepção é claramente jurídica, pois a forma de justiça é imposta e a interpretação das regras é sujeita ao controle de Cortes Superiores. Diferente é a concepção moral, na qual a pessoa é livre para escolher a forma de justiça (livre adesão da consciência) que pretende aplicar e a interpretação a ser dada.

No Direito, caberia ao juiz apenas qualificar os fatos para que incida a norma prevista e seja feita a justiça.

Mas uma indagação deve ser feita: pode a concepção particular de justiça do juiz intervir no exercício de suas funções?

Perelman entende que tanto o juiz individual quanto a jurisprudência podem influir na aplicação da regra de justiça. “Mesmo quando se trata de um juiz que

⁹ *Apud* Perelman (*Ética e Direito*, p. 12).

se contenta em seguir as trilhas batidas da jurisprudência e que não deseja inovar na matéria, seu papel não é puramente passivo.”¹⁰

O juiz individual, entendido como o que qualifica os fatos, é inevitavelmente levado, ainda que de forma involuntária, “a fazer coincidir, em sua apreciação dos fatos, o direito e seu sentimento íntimo da justiça”¹¹. Considerando ou desconsiderando determinada prova, indício ou fato, ele pode fornecer uma imagem diferente da realidade e, por conseqüência, deduzir uma aplicação diferente das regras de justiça.

Quanto à jurisprudência, considerada a atividade interpretativa da lei, a interferência nas regras de justiça é ainda maior, pois dela depende a definição de todas as noções confusas do Direito. A interpretação pode ser feita de modo a não contrariar o sentimento de justiça dos julgadores.

Não obstante a influência da concepção própria dos juízes e da jurisprudência, cabe ao legislador “dar força de lei à concepção de justiça dos que detêm o poder no Estado.” Essa, a regra.

Expostas as seis mais conhecidas concepções de justiça, Perelman conclui que a parte comum em todas só é encontrada quando se trata da definição de justiça formal, uma vez que todos estão de acordo sobre o fato de que ser justo é tratar da mesma forma as pessoas que são iguais sob determinado ponto de vista.

A justiça formal ou abstrata é, assim, “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”¹².

Categoria essencial é aquela da qual fazem parte os seres que têm em comum uma característica essencial, que, por sua vez, é uma “mesma característica, a única que se deva levar em conta na administração da justiça”¹³.

Adotada, assim, qualquer concepção de justiça concreta, haja ou não modificações históricas sobre os valores inerentes a ela, sempre a definição de justiça formal é a mesma.

Perelman conclui que:

¹⁰ *Id.* p. 29.

¹¹ *Id.* *Ibid.*

¹² *Id.* p. 19.

¹³ *Id.* p. 18.

“A noção de justiça formal é clara e precisa e seu caráter racional é nitidamente posto em evidência. O problema da justiça fica assim parcialmente aclarado. Isso porque as dificuldades suscitadas pela justiça concreta não existem quando só nos preocupamos com justiça formal.

Vê-se como a justiça formal é conciliável com as mais diferentes filosofias e legislações, como se pode ser justo concedendo a todos os homens os mesmos direitos, e justo concedendo direitos diferentes a diferentes categorias de homens, justo segundo o direito romano e justo segundo o direito germânico.”¹⁴

Essa definição, todavia, não resolve todos os problemas sobre a justiça concreta, que é a que decorre da visão de mundo e de valoração, pois não diz quando dois seres são da mesma categoria essencial, nem como tratá-los, mas é a única possível de ser adotada sem mais controvérsias.

Karl Larenz, analisando a questão, destaca que as categorias essenciais “não poderiam, contudo, ser determinadas sem uma certa escala de valores e esta seria, por sua vez, dependente da ‘visão pessoal do mundo’ de cada um.”¹⁵

Perelman, inclusive, assume que é muito mais delicado “definir uma noção que possibilite dizer quando uma *regra* é justa.”¹⁶

E até mesmo para que se utilize a regra da justiça formal, é preciso decidir se uma situação nova é ou não semelhante à outra que poderia servir de precedente. Muito embora, portanto, essa regra pareça alheia a qualquer juízo de valor, torna-se inevitável recorrer a eles. Em outras palavras, cumpre decidir se as diferenças que separam os dois casos são ou não afastáveis. Herbert L. A. Hart também reconhece haver uma complexidade na estrutura da idéia de justiça, que consiste em duas partes: “um aspecto uniforme ou constante, resumido no preceito ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’, e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes.”¹⁷

Gustav Radbruch, partindo da clássica distinção de Aristóteles sobre justiça comutativa (igualdade absoluta entre bens) e distributiva (igualdade relativa no modo de tratar pessoas distintas), reconhece que:

¹⁴ *Id.* pp. 32/33.

¹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 243.

¹⁶ *Op. cit.* p. 67.

¹⁷ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. p. 174.

“Sem dúvida, a justiça manda tratar como iguais as coisas iguais e diferentemente as que são desiguais, na proporção de sua desigualdade; não responde, porém, à pergunta: que pessoas devemos tratar como iguais ou como desiguais?; nem à pergunta: como devem estas ser tratadas? A justiça só determina e só nos dá a ‘forma’ do jurídico, não o seu conteúdo.”¹⁸

Não obstante, e em síntese, do ponto de vista formal, a definição de justiça é mais tranqüila, pois relacionada à igualdade formal — tratar de forma igual situações iguais e de forma desigual as situações distintas. Falta ao Direito, todavia, dada a forma pela idéia de justiça, a definição de um conteúdo.

Radbruch, nessa busca, vai além e diz que o segundo ingrediente, além da justiça, é a finalidade ou a idéia de fim para o qual o Direito serve, a que também não se encontra uma resposta segura e inequívoca, mas só se acha dentro de uma orientação relativista (dependente do ponto de vista de cada um). E aí, como o Direito, na sua qualidade de norma reguladora da vida social, não pode ficar entregue ao arbítrio de diferentes opiniões dos indivíduos, entra a terceira exigência, a segurança, a certeza, condição da paz social, que exige em primeiro lugar a positividade do Direito. Nas suas palavras:

“Mas esta segurança, esta certeza, exige, por sua vez, a *positividade* do direito. Se não é possível fixar e *estabelecer* aquilo que é justo, deve ao menos ser possível *estabelecer* aquilo que é justo, deve ao menos ser possível *estabelecer* aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido. A *positividade* do direito vem assim a ser, ela própria, um pressuposto da sua certeza. Não pode haver direito certo que não seja positivo; e, do mesmo modo, pode dizer-se que assim como a *positividade* é da *essência do próprio conceito dum direito certo*, assim é da *essência do direito positivo o ser certo*.”¹⁹

Luis Eulálio de Bueno Vidigal, no mesmo sentido, destaca que:

¹⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. p. 124.

¹⁹ *Id.* pp. 160-161.

“Não foi possível, até o presente, estabelecer acordo entre os homens, para se fixar aquilo que é justo. Diante dessa impossibilidade e da necessidade irredutível de paz social, os homens que dispõem do poder se contentam em estabelecer aquilo que, bem ou mal, deverá ser considerado como direito. De sorte que as injustiças, que possam acarretar determinado mecanismo de realização do direito, vêm a ser apenas o preço do bem-estar e da tranqüilidade gerais.”²⁰

Assim, observa-se que, se é difícil (senão impossível) falar-se em justo e em finalidade, em termos absolutos, pelo menos em um ponto é preciso que haja consenso, no Direito — quanto à existência de uma ordem jurídica, reconhecida e aceita pela comunidade. Os valores da justiça e da finalidade ficam, dessa forma, preteridos em nome da segurança que se deve ter na busca da paz social.

Em outras palavras, ainda que não se chegue a um consenso sobre qual a finalidade do Direito e qual justiça a ser atingida, deve-se aceitar que em um dado momento determinadas normas e situações regulem a sociedade, em nome do valor fundamental da segurança, sob pena de a injustiça prevalecer, pelo próprio caos no sistema. A finalidade e a justiça ficam, dessa forma, ainda que de forma fictícia, inseridas no valor segurança: o que existe e deve ser cumprido passa a ser o justo e a finalidade do Direito. Tudo para que se realize a paz social e os indivíduos possam reger suas vidas com previsibilidade.

Segundo Perelman, a segurança jurídica, à qual o Direito dá especial importância, “explica o papel específico do legislador e do juiz, tão oposto à autonomia da consciência que caracteriza a moral”²¹. Se o Direito objetiva garantir a segurança jurídica, deve “conceder a alguns, os legisladores, a autoridade de elaborar as regras que se imporão a todos, e tem de designar aqueles, os juízes, que terão a incumbência de aplicá-las e de interpretá-las.”²²

²⁰ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*. p. 15.

²¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. *Direito*. p. 303.

²² *Id. Ibid.*

Mas para complicar um pouco mais, do ponto de vista filosófico, as idéias de justiça e de fim entram em conflito com as de segurança do Direito. Radbruch bem explica:

“A segurança do direito exige, como já notamos, a positividade. Acontece, porém, que o direito positivo, uma vez estabelecido, aspira a impor-se com uma incondicional validade e obrigatoriedade, independentemente da sua justiça ou mesmo da sua exacta apropriação a quaisquer fins. A positividade é um *facto* e o direito deixa sempre pressupor por trás dele um poder que o estabeleceu. Ora, entre o direito e o *facto*, como entre o direito e o poder, não pode também deixar de se produzir, a breve trecho, uma contradição, por serem termos antitéticos. Mas mais ainda: a segurança do direito não exige apenas a incondicional validade dos preceitos que o poder, que está por trás deles, estabeleceu e que, de *facto*, são observados; formula também certas exigências a respeito do seu conteúdo e bem assim a exigência da sua praticabilidade.”²³

E Kelsen é decisivo ao anotar que apenas quando existem os conflitos de interesses entre os valores (como entre a segurança e a justiça) é que é preciso se falar em justiça, assim como é necessário eleger algum valor que se sobreponha ao outro. A conclusão merece transcrição:

“Mas, que interesses humanos têm esse valor e qual é a hierarquia destes valores? Tal é o problema que surge quando há conflitos de interesses. E somente onde existem esses conflitos aparece a justiça como problema. Quando não há conflitos de interesses e, tampouco, necessidade de justiça. O conflito de interesses aparece quando um interesse encontra sua satisfação somente às custas de outro, ou, o que é a mesma coisa, quando entram em oposição dois valores e não é possível tornar ambos efetivos, ou quando um pode ser realizado unicamente na medida em que o outro é proposto, ou quando é inevitável o ter que preferir a realização de um sobre o outro e decidir qual de ambos valores é o mais importante e, por fim, estabelecer qual é o valor supremo. O problema dos valores é, antes de tudo,

²³ *Id.* p. 164.

um problema de conflito de valores. E este problema não pode ser resolvido por meio do conhecimento racional. A resposta ao problema aqui referido é sempre um juízo que, ao fim ao cabo, está determinado por fatores emocionais e, por conseguinte, tem um caráter eminentemente subjetivo. Isto significa que é válido unicamente para o sujeito que formula o juízo e, neste sentido, é relativo.”²⁴

Ainda sobre o conflito, de fato a segurança jurídica tende a se opor às transformações, inclinando-se ao conservadorismo ligado à classe dominante.

Tanto é assim que Rodolfo Luis Vigo destaca que em tempos de crise e mudanças é que a idéia de segurança é mais trabalhada. Nas suas palavras:

“Mais além da matriz ideológica com a qual se tinha aquela noção burguesa da segurança jurídica, parece constatar-se historicamente que a preocupação forte em torno da mesma coincide com tempos de crises, grandes mudanças ou alterações sociais. Por isso é que a temática autônoma pela segurança jurídica seja pouco desenvolvida nos países de firme e prolongada estabilidade institucional; por exemplo os Estados Unidos, Grã Bretanha, Suécia ou Suíça o problema da segurança aparece com menor interesse do que vemos nos países latino-americanos ou da Europa Continental, como Espanha, Itália, França ou Alemanha.”²⁵

²⁴ KELSEN, Hans. *Que es la Justicia?* pp. 18-19. Tradução nossa de: “Pero, qué intereses humanos tienen ese valor y cuál es la jerarquía de esos valores? Tal es el problema que surge cuando se plantean conflictos de intereses. Y solamente donde existen esos conflictos aparece la justicia como problema. Cuando no hay conflictos de intereses no hay tampoco necesidad de justicia. El conflicto de intereses aparece cuando un interés encuentra su satisfacción solo a costa de otro, o, lo que es lo mismo, cuando entran en oposición dos valores y no es posible hacer efectivos ambos, o cuando el uno puede ser realizado únicamente en la medida en que el otro es postergado, o cuando es inevitable el tener que preferir la realización del uno a la del otro y decidir cuál de ambos valores es el más importante y, por último, establecer cuál es el valor supremo. El problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de valores. Y este problema no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo. Esto significa que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y, en este sentido, es relativo.”

²⁵ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación Jurídica (del modelo juspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. p. 267. Tradução nossa de: “Más allá del matiz ideológico con el que se tiñó aquella noción burguesa de la seguridad jurídica, parece constatarse históricamente que la preocupación fuerte en torno a la misma coincide con tiempos de crisis, grandes cambios o alteraciones sociales. De ahí que la temática autónoma por la seguridad jurídica prácticamente este debilitada en los países de firme y prolongada estabilidad institucional; así por ejemplo en Estados Unidos, Gran Bretaña, Suecia o Suiza el problema de la seguridad aparece con menor interés que lo que vemos en los países latinoamericanos o de la Europa continental como España, Italia, Francia o Alemania.”

Interessante, nesse ponto, ainda que de forma breve, referir-se ao trabalho do sociólogo Pierre Bourdieu sobre a ocupação do espaço judicial pelos valores das classes dominantes. E os não-dominantes curvam-se e conformam-se, em razão da violência simbólica imposta, ao que, no nosso entender, pode ser chamado de conservadorismo. Nas suas palavras:

“Entrar no jogo, conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adoção de um modo de expressão e de discussão que implica a renúncia à violência física e às formas elementares de

excepções e o caráter vago dos conjuntos nebulosos, ao impor discontinuidades nítidas e fronteiras estreitas ao *continuum* dos limites estatísticos, a codificação introduz nas relações sociais uma nitidez, uma previsibilidade e, por este modo, uma racionalidade que nunca é completamente garantida pelos princípios práticos do *habitus* ou pelas sanções do costume que são produto da aplicação directa ao caso particular desses princípios não formulados.”²⁷

Não obstante esse conflito constante e a tese filosófico-sociológica de que a segurança tende a impor valores conservadores, o certo é que o ideal de justiça não é esquecido no sistema e a segurança firma-se, no nosso entender, como valor primordial. Só com ela, a paz social, objetivo da jurisdição e do processo, consegue ser atingida, na medida em que traz previsibilidade às relações sociais. Cândido Dinamarco, após tecer considerações sobre a segurança jurídica, conclui que a efetiva paz não é obtida apenas com a positivação das normas, mas com a prolação da sentença:

“Quanto à primeira dessas óticas, fala a doutrina na certeza que, nos sistemas jurídicos de lei escrita, deriva da própria existência e conhecimento geral da lei: diante dos textos desta (e especialmente da tipificação de condutas na lei penal), cada um pode prever desde logo as conseqüências da própria conduta, com a certeza do que acontecerá a partir das omissões ou comissões que a lei prevê. Mas essa *certeza* inexistente e facilmente se compreende que não passa de razoável previsibilidade. Certeza, propriamente, tem-se quando o poder vem positivado em atos concretos, como a sentença: aí, sim, é que se pode ter certeza quanto à existência ou inexistência dos direitos e obrigações afirmados ou negados. Já foi feito o trabalho lógico de enquadramento dos fatos passados e foi interpretada a lei, resultando na afirmação da vontade concreta desta mediante decisão imperativa. E as decisões imperativas, que constituem atos de positivação concreta do poder, tornam certa a situação jurídica entre as partes. A certeza proporcionada pelo exercício consumado da jurisdição coincide com a *segurança jurídica*, que é fator de paz social e constitui importante escopo processual.”²⁸

²⁶ BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*. p. 229.

²⁷ *Id.* p. 249.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. pp. 289-290.

Pode-se argumentar, ainda, a favor da necessidade da presença do valor segurança jurídica, estampado em uma ordem normativa posta, que o próprio ideal de justiça não é preterido pela segurança, mas, sim, reafirmado. Isso porque, a arbitrariedade e a desordem são contrárias à justiça. Nesse sentido, Francisco Madrazo ressalta:

“Não há justiça sem o acatamento de uma ordem normativa orientada para esse fim e independe das modas políticas ou dos caprichos do legislador. O puro subjetivismo do juiz, ainda que moderado por sua formação jurídica e seu conhecimento dos mecanismos fundamentais do direito, é, de fato, indistinguível da arbitrariedade, o que significa o contrário da justiça. A sentença deve ser, pois, fundada no direito, o que significa que devem ser explicitadas as regras jurídicas aplicáveis, as que podem consistir em disposições legais ou em normas de aplicação ou princípios operativos que excluem a subsunção do caso à regra legal aparentemente aplicável.”²⁹

Cármen Lúcia Antunes Rocha, por outro lado, diz não ser a segurança um valor, mas uma qualidade do sistema ou de sua aplicação. Nas suas palavras, “valor é a justiça, que é buscada pela positivação e aplicação de qualquer sistema. O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente é ele em sua vida”³⁰. Ousamos discordar, entendendo ser a segurança um valor que, ao lado da justiça, deve inspirar e permear os sistemas e ordenamentos jurídicos, e não apenas uma qualidade. Mas segundo a mesma autora:

“Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a sua certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis

²⁹ MADRAZO, Francisco. *Orden Jurídico y Derecho Judicial*. p. 58. Tradução nossa de: “No hay justicia sin el acatamiento de un orden normativo orientado a ese fin e independiente de las modas políticas o de los caprichos del legislador. El puro subjetivismo del juez, aun moderado por su formación jurídica y su conocimiento de los mecanismos fundamentales del derecho, es de hecho indistinguible de la arbitrariedad, es decir, lo contrario de la justicia. El fallo debe ser, pues, fundado en derecho, lo que significa que deben explicitarse las reglas jurídicas que se aplican, las que pueden consistir en disposiciones legales o en normas de aplicabilidad o principios operativos que excluyen la subsunción del caso a la regla legal aparentemente aplicable.”

e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao passado.”³¹

No nosso entender, consoante melhor anotado a seguir, não só a existência de normas e a prolação de uma decisão pelos Poderes competentes trazem a segurança, mas a característica da imutabilidade que a decisão ganha. Não apenas pela simples prolação ou pela fundamentação é que a segurança é alcançada, mas só quando ela não puder mais ser alterada, em tese, é que os envolvidos se convencem e a paz social é obtida.

A segurança é um valor que é estampado e refletido em normas, princípios e regras, como os da segurança jurídica. E ela não é valor apenas da ciência processual, mas do Direito em geral.

José Afonso da Silva³² distingue a segurança no Direito em segurança do Direito e segurança jurídica.

A segurança do Direito é mais ampla, a que exige a positividade do Direito, a que condiciona, através das normas, a validade do Direito. “Se a idéia de justiça atribui ao Direito, como essência, a solução de conflitos por meio de normas gerais, a segurança jurídica agrega ao conceito de Direito a nota complementar da positividade”³³.

Por outro lado, segurança jurídica é uma garantia que decorre dessa positividade, consistindo em um sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos. Em sentido estrito:

“A segurança jurídica consiste na garantia da estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu”³⁴.

³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio da Coisa Julgada e o Vício da Inconstitucionalidade in Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada — Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. p. 168.

³¹ *Id. Ibid.*

³² *Constituição e Segurança Jurídica in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada — Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. p. 17.

³³ *Id.* p. 16.

³⁴ *Id.* p. 17.

Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, com viés nitidamente positivista, na linha do que está sendo tratado, anota que, apesar de a sistemática de os juízes aplicarem normas elaboradas por outro Poder até atrapalhar a flexibilidade do Direito, por outro lado, reconhece que traz segurança jurídica, pois os indivíduos podem guiar suas condutas com maior previsibilidade:

“Como o processo legislativo, especialmente nas democracias parlamentares, tem de vencer numerosas resistências para funcionar, o Direito só dificilmente se pode adaptar, num tal sistema, às circunstâncias da vida em constante mutação. Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica.”³⁵

De qualquer sorte, em tópico apropriado, referir-se-á a divisão dos Poderes. Importante que fique claro, no momento, que a segurança jurídica é obtida através de julgamentos previsíveis, que aplicam a norma geral ao caso individual (criando a norma individual).

A primeira referência histórica à segurança jurídica, como Direito fundamental, aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, de 1789, que prevê, no artigo 2º, que “A base de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e a resistência à opressão”³⁶.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 279.

³⁶ Tradução nossa dec Lê but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression.”

Em seguida, a Constituição Francesa de 1793 procurou conceituar o termo, no seu preâmbulo: “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades.”

Mas a despeito dessas conceituações, em geral, no plano internacional, os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos direitos humanos não contêm referência expressa a um direito à segurança jurídica, mas a corolários da segurança, como a segurança pessoal do indivíduo, garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais, etc.. Isso não significa, todavia, ausência de proteção do valor segurança jurídica.

Luís Roberto Barroso bem destaca que, no seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

- “1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.”³⁷

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, esse conteúdo abrangente é muitas vezes fruto das próprias legislações que, no mais das vezes, “não especificaram os contornos do direito à segurança, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação”³⁸, assim, a expressão genérica segurança, abrange “uma série de manifestações

³⁷ *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil* in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada — Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. pp. 139/140.

³⁸ *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro* in Id. p. 88.

específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.”³⁹

Tanto é assim que, modernamente, há os que distinguem, dentro do da segurança, o princípio da proteção à confiança. Almiro do Couto e Silva destaca:

“Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em **princípio da segurança jurídica** quando designam o que prestigia o aspecto **objetivo** da estabilidade das relações jurídicas, e em **princípio da proteção à confiança**, quando aludem ao que atenta para o aspecto **subjetivo**. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.”⁴⁰

1.2. Instrumentos de efetivação da segurança jurídica

Para que o valor segurança e o princípio da segurança jurídica sejam impostos e tenham asseguradas suas observâncias, são essenciais alguns instrumentos.

O primeiro deles é a normatividade — só existindo normas que devam ser observadas há segurança. Isso porque, em uma sociedade onde cada um faça o que bem entender, sem preocupação alguma com normas que devam ser cumpridas, o caos será instaurado.

Apenas com um Direito efetivamente posto, ainda que apenas em tese conhecido por todos, é possível falar-se em segurança jurídica. Ao praticar determinada conduta na sua vida social, todo indivíduo sabe qual a conseqüência que daquele ato

³⁹ *Id. Ibid.*

⁴⁰ *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99) in Revista eletrônica de Direito do Estado. Número 2 (abril/maio/junho de 2005). pp. 4-5.*

poderá advir. Da mesma forma, os demais, sendo possível guiar as práticas sociais de forma equilibrada e atingir a paz social e a segurança.

Na *common law*, o sistema dos precedentes é fundamental para a segurança jurídica, pois traz previsibilidade às condutas, em que a legislação não é exaustiva na regulamentação das matérias. É como se a jurisprudência substituísse o papel importante da legislação na *civil law*. Zweigert e Kötz bem demonstram que já o raciocínio do juiz da *common law* é dirigido à busca de previsibilidade e, por conseqüência, de segurança:

“Essas regras gerais e princípios, que os juízes de *common law* extraem do corpo dos casos por um método indutivo e comparativo, dá ao sistema de direito baseado nos casos concretos um grau considerável de ordem sistemática e previsibilidade.”⁴¹

Perelman, sobre a distinção do Direito com a moral, anota que, no Direito, são importantes os precedentes e a jurisprudência na interpretação da lei, tendo em vista a segurança jurídica. A previsibilidade é essencial, pois, nas palavras de Perelman, “apenas com essa condição que a paz judiciária poderia ser assegurada numa sociedade civilizada”⁴². As regras jurídicas e a sua interpretação são importantes, assim, para o comportamento da sociedade como um todo. Na moral, ao contrário, as regras de justiça observadas dizem respeito somente ao comportamento individual do agente, às suas próprias decisões e às das pessoas que são modelos em sua conduta.

Em segundo lugar, além da previsibilidade trazida pelas normas, sejam postas pelo legislador ou construídas pelo julgador, é essencial que, em determinado momento, a regra do caso concreto, fruto da decisão judicial, torne-se definitiva, não podendo mais ser questionada. Se assim não fosse, mesmo após o desfecho de uma demanda, prevaleceria a insegurança, já que o jurisdicionado não poderia guiar sua conduta, pois ainda existiria incerteza quanto ao passado (ao julgado que não se tornou definitivo). Kevin M. Clermont é preciso:

⁴¹ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. p. 269. Tradução nossa de: “These general rules and principles, which Common Law judges have drawn out of the mass of case material by an inductive and comparative method, give the case-law a considerable degree of inner systematic order and hence of community and predictability.”

⁴² *Id. Ibid.*

“A idéia básica por trás da coisa julgada é que, em determinado momento, a busca pela verdade deve cessar: a justiça demanda que haja um fim do litígio. Conseqüentemente, todo sistema legal, desde sua origem, gera uma idéia comum de coisa julgada para tornar as decisões definitivas. O melhor exemplo desse objetivo comum da coisa julgada é que, para que qualquer sistema judicial opere, uma decisão deve ter pelo menos um mínimo de obrigatoriedade. Essa essência da coisa julgada — sua missão de definir um julgamento pelos seus efeitos de obrigatoriedade — não é opcional para o sistema. Se os litigantes pudessem simplesmente reabrir suas disputas decididas, não haveria um fim do litígio nem a afirmação da autoridade judicial. A finalidade não é apenas uma fiscalização eficiente, mas uma condição necessária de um Judiciário.”⁴³

Explicando, tem-se que a segurança jurídica é valor principal do sistema, obtido por meio da garantia de que determinada lei preexistente será aplicada por magistrado que, prolatando sentença, exaure a sua função e a situação objeto da decisão não mais poderá ser alterada. Ou seja, pela positividade, decidibilidade e, por fim, recrudescimento da decisão, é trazida a segurança jurídica às relações sociais, e obtida a paz, objeto da jurisdição, enquanto expressão de poder do Estado. É um processo, com início na edição da lei, meio com o julgamento pelo Poder competente, e fim com a imutabilidade da decisão — aí, todos se conformam e a paz social enfim é obtida.

De nada adiantaria ter-se apenas a lei ou a decisão que pudesse a qualquer momento ser questionada e novamente debatida. Para as relações sociais fluírem regularmente e com segurança, essencial a previsibilidade, para o futuro e para o passado.

Cândido Dinamarco é preciso, no ponto:

⁴³ CLERMONT, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. p. 297. Tradução nossa de “The basic idea behind res judicata is that at some point the pursuit of truth must and should cease: justice demands that there be an end to litigation. Consequently, every legal system, from its beginnings, generates a common core of res judicata law to make decisions final. The prime example of this common core of res judicata is that, in order for any nascent judicial system to operate, a decision must have at least some minimal bindingness. This essence of res judicata — its mission of defining ‘judgment’ through its binding effects — is nonoptional for the system. If disputants could just reopen their adjudicated disputes, there would be neither an end to litigation, nor any beginning of judicial authority. Finality is not just and efficient policy, it is a necessary condition for the existence of a judiciary.”

“Nos últimos tempos, vem ganhando força a convicção do poder que o juiz tem de adaptar seus julgamentos às realidades sociais, políticas e econômicas que circundam os litígios postos em juízo — e cresce com isso a impressão de que a sentença criasse o direito do caso concreto ao inovar em relação aos julgados anteriores e aos próprios textos legais. Mera ilusão. Se isso fosse verdade, aberto estaria o caminho para o arbítrio, numa verdadeira *ditadura judiciária* em que cada juiz teria a liberdade de instituir normas segundo suas preferências pessoais. Tal seria de absoluta incompatibilidade com as premissas do *due process of law* e do Estado-de-direito, em que legalidade racional e bem compreendida vale como penhor das liberdades e da segurança das pessoas.”

A ciência do Direito, em especial o ramo do Direito Processual, lida com valores que vivem em constante conflito — segurança jurídica e efetividade da prestação jurisdicional.

A segurança jurídica traz previsibilidade e estabilidade para as relações sociais, consoante já anotado, o que é essencial para a manutenção da ordem em um Estado Democrático de Direito.

A efetividade assegura a prestação jurisdicional não meramente formal, mas célere e com baixo custo.

Interessante, no ponto, observar que a idéia de efetividade da prestação jurisdicional surge como uma decorrência do princípio do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação, ou do direito à tutela jurisdicional. Na medida em que é assegurado o devido processo legal, deve haver a garantia da sua implementação pelo processo, pelo acesso e controle do Poder Judiciário que, por sua vez, deve dar uma resposta justa, rápida e com baixos custos.

A atual Constituição da República, assim como as anteriores, traz previsão específica, no inciso XXXV, do artigo 5º, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Mauro Cappelletti, analisando a evolução do conceito de acesso à justiça, destaca que, nos séculos XVIII e XIX, a garantia limitava-se ao direito formal de proteção judicial. Por se tratar de um Direito natural, anterior ao Estado, não se exigia uma ação efetiva estatal para a sua proteção, bastando que não permitisse “fossem eles infringidos por outros”.⁴⁶

Com o passar do tempo, observou-se, todavia, que não bastava a garantia formal, mas a garantia de um acesso efetivo à justiça, devendo este ser encarado como estrutura do processo civil moderno.

Assim, não se pode olvidar que o alcance do princípio vai além da previsão de que é livre o acesso ao Poder Judiciário, que deve, por sua vez, responder às postulações que são levadas à sua apreciação.

Devem ser observados os obstáculos impostos pelo custo e tempo do acesso e pelas muitas vezes natural diferença técnica entre as partes litigantes. A

⁴⁵ *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade* in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada — Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. p. 167.

aplicação do princípio do direito à tutela jurisdicional deve ser efetiva, restando asseguradas as demais garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal, como a da ampla defesa, do contraditório e da igualdade.

Boaventura de Sousa Santos fala que são três os tipos de obstáculos para o acesso à justiça: econômicos, sociais e culturais⁴⁷. Quanto aos primeiros, observa que, quanto mais tempo dura um processo, maior é o custo para a parte, e que, apesar das reformas da legislação no sentido da efetividade e agilidade da prestação jurisdicional, há um aumento na lentidão do desfecho da causa. Também nota que o custo da justiça para os cidadãos mais pobres é maior do que o custo de grandes causas.

Quanto aos obstáculos sociais e culturais, é certo que quanto mais baixo o estado social do cidadão, maior é a sua distância da justiça. Em primeiro lugar, ensina Boaventura, pois “os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico”⁴⁸.

Em segundo lugar, porque, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação a um Direito, é necessário que a pessoa se disponha a propor uma ação, e os dados mostram que os indivíduos mais humildes hesitam muito mais do que os abonados para ingressar na justiça. Boaventura analisa dados de uma investigação realizada em Nova York e conclui serem dois os fatores da menor procura do Judiciário pelos mais pobres — malsucedidas experiências anteriores e temor de represálias se recorrer aos tribunais⁴⁹.

E, em terceiro lugar, porque o reconhecimento do problema como jurídico e o desejo de ajuizar uma ação não são suficientes para que uma iniciativa seja tomada. Isso porque, provavelmente, o mais humilde não conhece nenhum advogado ou não tem amigo que conheça advogado e, em geral, mora em lugar distante de onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

O direito de acesso à justiça depende, assim, de uma série de fatores, pois não basta que seja previsto no ordenamento jurídico, mas é necessário que se

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. p. 9.

⁴⁷ *O Acesso à Justiça* In Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB (organização). *Justiça: promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero-americanos*. p. 406.

⁴⁸ *Id.* p. 408.

⁴⁹ *Id.* p. 409.

implemente, que seja efetivo e possibilite a quem recorre ao Judiciário uma prestação jurisdicional célere, barata e satisfatória.

Por outro lado, ao contrário da efetividade que ganha contornos cada vez mais nítidos e é prestigiada pelo legislador e pelo julgador, há autores que defendem estar a segurança jurídica enfrentando uma crise de identidade, como Luís Roberto Barroso, segundo o qual:

“É curioso observar, no entanto, que a despeito de todo o arsenal jurídico descrito, a segurança enfrenta hoje uma crise de identidade. A velocidade das mudanças, não só econômicas, tecnológicas e políticas, mas também jurídicas, e a obsessão pragmática e funcionalizadora, que contamina a interpretação do Direito, não raro encaram pessoas, seus sonhos, seus projetos e suas legítimas expectativas como miudeza a serem descartadas, para que seja possível avançar (para onde?) mais rapidamente.”⁵⁰

E, de fato, consoante notado, até pela supervalorização do valor efetividade da prestação jurisdicional, a segurança jurídica tem sido, pode-se dizer, desprestigiada.

Basta notar as reformas processuais que, desde 1994:

- (i) aumentaram os poderes dos relatores para, nos Tribunais, decidirem monocraticamente;
- (ii) autorizaram e desburocratizaram a antecipação de tutela e a tutela específica;
- (iii) reduziram as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento;
- (iv) concederam maiores poderes para o juiz de primeira instância, que pode não mais receber a apelação se a tese estiver em desconformidade com a jurisprudência dos Tribunais;
- (v) tentam agilizar a execução, tornando a execução provisória cada vez mais definitiva;
- (vi) autorizam a concessão de tutela antecipada em ação rescisória, contra a coisa julgada, etc..

Some-se que a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, inseriu dispositivos na Constituição Federal que, ainda que programáticos, mostram a intenção e a preocupação do legislador com a efetiva prestação jurisdicional. Por exemplo, ao inserir o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Já se destacou que a garantia apenas formal não assegura o acesso à justiça, e, desde o início do século XX, em especial, foi acrescida a preocupação com o acesso efetivo.

De nada adianta ir a juízo, se não há uma resposta do Poder Judiciário em tempo hábil e capaz de realizar os objetivos da jurisdição. Há obstáculos que devem ser rompidos e um deles é o da demora da prestação jurisdicional.

A doutrina e a jurisprudência estavam interpretando o inciso XXXV, do artigo 5º, já no sentido de assegurar uma prestação efetiva e tempestiva.

O Brasil também é signatário (desde 26.05.1992) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 22.11.1969), que prevê, no artigo 8º, 1, que:

“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Desde 1992, portanto, a duração razoável do processo é uma garantia no nosso Direito, conforme o disposto no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal⁵¹. Some-se que a Emenda Constitucional 45 acrescentou o § 3º ao mesmo artigo, segundo o qual:

⁵⁰ *Op. cit.* p. 141.

⁵¹ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

“3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A inserção, na Carta Política, do inciso LXXVIII, ao alçar expressamente em nível constitucional a exigência da celeridade no acesso à justiça, dá maior importância à garantia. Cabe ver, apenas, se o novo inciso LXXVIII não é norma meramente programática.

Com o advento do modelo de Estado Social, as normas programáticas passaram a ser mais comuns, isso porque se ampliou a preocupação com o conteúdo das relações econômicas e sociais, passando o Estado a ter mais funções.

Nesse contexto social, ao contrário do que a princípio poderia parecer, a Constituição formal, apesar da inserção do aspecto material, ganhou força, consoante ensina Eros Grau⁵⁰, principalmente aquela marcada por normas meramente programáticas, definidoras de direitos que só ganham eficácia plena quando implementados pelo legislador ordinário ou pelo Executivo. Seria, na visão do eminente professor, um instrumento retórico de dominação; promete muito, mas somente no papel. Tudo para que o sistema sobreviva com uma nova roupagem.

Com isso, criam-se mitos e a própria Constituição torna-se um mito, pois dá-se à coletividade a convicção de que se vive sob a égide do Estado de Direito e que, se a Constituição formal existe, tudo está resolvido e assegurado, e consegue-se a paz social⁵³. Constituem exemplos de Constituições Sociais a Mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919.

Esse destaque merece ser feito para que fique claro que normas meramente programáticas podem criar a falsa ilusão de que tudo está bem, mas os problemas não serem resolvidos.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 24.

⁵³ Por isso é que Canotilho fala que há um problema de comunicação até nas Constituições materiais. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1329.

Uma primeira análise da preocupação do legislador com a efetividade da prestação jurisdicional pode levar à conclusão de q

do novo inciso LXXVIII. Não se trata, portanto, de mera norma programática (que muito promete, mas que nada faz).

O artigo 7º, da Emenda, prevê, por exemplo, que, em cento e oitenta dias após a sua promulgação, será instalada, pelo Congresso Nacional, comissão especial mista para elaborar “os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

Mais uma vez, fica clara a preocupação em serem tomadas medidas concretas para realizar o objetivo de um acesso à justiça célere.

Vários incisos do artigo 93, da Constituição Federal ganharam, com a Emenda, nova redação, também no sentido de assegurar a prestação jurisdicional rápida.

Na alínea “c” do inciso II⁵⁵, por exemplo, passou a ser exigida presteza nos provimentos jurisdicionais para que o magistrado possa ser promovido por merecimento.

Os incisos XII⁵⁶, XIII⁵⁷, XIV⁵⁸ e XV⁵⁹, respectivamente, acabaram com as conhecidas férias forenses, impuseram um aumento no número de juízes, autorizaram os servidores a praticar atos administrativos e de mero expediente (para evitar a sobrecarga dos magistrados), e determinaram a imediata distribuição dos processos em todos os graus de jurisdição.

Os artigos 107⁶⁰, 115⁶¹ e 125⁶² ganharam parágrafos que autorizam a instalação de justiças itinerantes e o funcionamento descentralizados dos Tribunais

⁵⁵ c. aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

⁵⁶ XII. a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízes e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente.

⁵⁷ XIII. o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população.

⁵⁸ XIV. os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

⁵⁹ XV. a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

⁶⁰ § 2º. Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 3º. Os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo.

prazo razoável. Embora essa garantia já integrasse o ordenamento jurídico, de forma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos e, de forma derivada, nas garantias constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário e do devido processo legal, a sua inclusão em texto próprio possui significado político fundamental, pois elimina qualquer discussão que ainda restasse sobre a sua existência; b) estabelece, pelo menos de forma indireta, a definição de que prazo razoável é o prazo legal; c) juntamente da garantia em si da prestação jurisdicional em um prazo razoável, trouxe o Texto Constitucional também, de forma expressa, a exigência da existência dos meios que garantam a celeridade processual; e d) traz um conjunto de determinações relativamente à organização do Poder Judiciário que se adequadamente implementadas podem auxiliar decisivamente no cumprimento do mandamento constitucional.”⁶⁵

Some-se a essas recentes alterações da Constituição Federal, as reformas da legislação processual civil infraconstitucional que, desde 1994, tentam otimizar a prestação jurisdicional e reduzir o tempo de tramitação dos processos⁶⁶.

Assim, o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Carta Política, vem acompanhado e preenchido por diversos dispositivos, no sentido de garantir um acesso à justiça célere e, portanto, mais efetivo.

O legislador e o aplicador do Direito devem, ademais, praticar todos os atos possíveis na mesma linha de concretizar o dispositivo. Logicamente, não se pode abrir mão totalmente da segurança jurídica e do respeito aos demais corolários do devido processo legal, apreciando as demandas sem profundidade.

Não há, é certo, nenhuma penalidade processual específica para a não-duração razoável do processo. Mas todos devem estar atentos e agir no sentido da prestação jurisdicional célere e efetiva para colaborar com a realização dos valores estampados no princípio do devido processo legal — respeito à vida, à liberdade e à propriedade, material e processualmente.

⁶⁵ *Acesso à Justiça e prazos razoáveis* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos (coordenadores). *Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n.º 45-2004*. p. 288.

⁶⁶ Por exemplo: Lei n.º 8952, de 1994; 9079, de 1995; 9139, de 1995; 9756, de 1998; 9800, de 1999; 10352, de 2001; 10444, de 2002.

Somos favoráveis a todo esse movimento pró-efetividade, mas é preciso sempre ter em mente que o valor segurança não pode ficar de lado — deve-se otimizar ao máximo a prestação jurisdicional, mas sem atropelar a garantia de que as demandas sejam devidas e exaustivamente apreciadas, fruto de amplos debates e detida apreciação pelos magistrados. Também a coisa julgada, formada após esse exercício de ampla cognição, deve ter sua autoridade preservada.

Pertinente a advertência de Alcides de Mendonça Lima que liga à própria idéia de justiça a segurança jurídica e para quem, em nome de um objetivo, não se pode comprometer valores ainda maiores. Nas suas palavras, “antes de oferecer uma justiça rápida, mas facilmente falha, o Estado tem o dever de oferecer uma justiça boa, ainda que praticamente lenta. Aquela — raras vezes é justa, esta — raras vezes é injusta”.⁶⁷

1.4. A segurança jurídica e o ordenamento processual civil brasileiro

A Constituição da República de 1988, já no *caput* do artigo 5º, alinha a segurança ao seletivo elenco dos direitos invioláveis, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Ingo Wolfgang Sarlet, em estudo sobre o tema, reconhece que, “embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos”⁶⁸, como no princípio da legalidade, da proteção ao direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, bem como no princípio da anterioridade em matéria penal, entre outros.

José Afonso da Silva⁶⁹ diz que a Constituição Brasileira de 1988 reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do Direito.

⁶⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. p. 139.

⁶⁸ *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro* in ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada — Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. p. 91.

⁶⁹ *Op. cit.* pp. 17 e segs.

A segurança como garantia vem tratada no *caput* do artigo 5º, da Constituição⁷⁰ e significa o respeito ao exercício e ao gozo de direitos individuais fundamentais, como a intimidade (segurança do domicílio), a liberdade pessoal (segurança das comunicações pessoais) ou a incolumidade física ou moral.

A segurança como proteção dos direitos subjetivos refere-se ao respeito aos direitos subjetivos em face das mutações formais do direito posto, em face especialmente da sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Nesse sentido, o inciso XXXVI da Constituição da República⁷¹.

Nesse ponto, surge uma discussão interessante, já pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal: se a norma constitucional garante o respeito absoluto à coisa julgada ou apenas o respeito em face de lei (e não de decisão judicial, por exemplo).

No nosso entender, a referência constitucional à coisa julgada garante o respeito absoluto à garantia, no sentido de não protegê-la apenas em face de lei que possa desrespeitá-la, mas, também de decisões judiciais. Isso porque a intenção da norma é a de, alcançando em nível constitucional, assegurar a observância contra qualquer ataque, por representar, a coisa julgada, instrumento de efetividade do valor máximo segurança jurídica.

A lei não pode desrespeitar a coisa julgada, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica. Que razão há, então, para autorizar que, sem violar a norma constitucional, um juiz ou o administrador público ou um particular não obedeça ao comando insculpido em uma decisão judicial transitada em julgado, que fez coisa julgada? O desrespeito do juiz, do administrador ou do particular, da mesma forma que do legislador, também causa insegurança jurídica, valor a ser preservado pela garantia da inviolabilidade da coisa julgada.

Some-se que, pela natural lentidão do processo legislativo, é maior o número de situações cotidianas que podem levar à ofensa à coisa julgada. Até por isso, a garantia em nível constitucional da preservação da coisa julgada não deve ser entendida

⁷⁰ “Art. 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”

⁷¹ A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

apenas em sentido estrito (“a lei não prejudicará”), mas em sentido amplo (nada prejudicará).

O Supremo Tribunal Federal, todavia, tem entendimento majoritário no sentido de que a coisa julgada constitucional só é afetada quando envolvida questão de direito intertemporal, não quando, por exemplo, uma decisão afronta a coisa julgada formada em outro processo. Merecem referência, por elucidativos, os seguintes arestos:

EMENTA:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO.

1. O tema da coisa julgada foi apreciado no aresto, mediante interpretação de normas de direito processual.

Infraconstitucionais, portanto.

E não em face de direito intertemporal, como focalizado no inciso XXXVI do art. 50 da Constituição Federal.

2. E, como salientado na decisão ora agravada, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em R. E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, como são as de natureza processual, que regulam os limites objetivos da coisa julgada.

3. Agravo improvido.” (STF — Agr. em AI 294115. Rel. Min. Sidney Sanches. Primeira Turma. DJ de 15-12-2000)

EMENTA:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO — POSTULADO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA — ALEGAÇÃO DE OFENSA DIRETA — INOCORRÊNCIA — LIMITES OBJETIVOS — TEMA DE DIREITO PROCESSUAL — MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL — VIOLAÇÃO OBLÍQUA À CONSTITUIÇÃO — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Se a discussão em torno da integridade da coisa julgada reclamar análise prévia e necessária dos requisitos legais, que, em nosso sistema jurídico, conformam o fenômeno processual da res judicata, revelar-se-á incabível o recurso

extraordinário, eis que, em tal hipótese, a indagação em torno do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição — por supor o exame, in concreto, dos limites subjetivos (CPC, art. 472) e/ou objetivos (CPC, arts. 468, 469, 470 e 474) da coisa julgada - traduzirá matéria revestida de caráter infraconstitucional, podendo configurar, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política, circunstância essa que torna inviável o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.” (STF — Agr. em RE 220517. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ de 10-08-2001)

A segurança como direito social é a que vem disposta no artigo 6º, da Constituição Federal⁷² e significa a previsão de meios (direitos sociais) que garantam aos indivíduos e às suas famílias condições sociais dignas.

Ainda na concepção de José Afonso da Silva, há a segurança por meio do Direito, que se subdivide em segurança do Estado, relativa às condições básicas de defesa do Estado (estado de defesa e estado de sítio), e segurança das pessoas, que se refere “à manutenção da ordem pública contra o crime em geral”⁷³ (segurança pública e garantias penais).

Além da previsão constitucional, a legislação infraconstitucional também reconhece a segurança jurídica. Por exemplo, a Lei de Introdução ao Código Civil, no artigo 6º, protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada⁷⁴; o Código de Processo Civil descreve a coisa julgada⁷⁵ e proíbe ao juiz que decida novamente questões já apreciadas⁷⁶, elenca em rol taxativo as hipóteses de cabimento de ação rescisória⁷⁷, prevê o duplo grau de jurisdição obrigatório para causas contra o Poder Público⁷⁸.

⁷² Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷³ *Op. cit.* p. 24.

⁷⁴ Art. 6º. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

⁷⁵ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

⁷⁶ Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: (...).

⁷⁷ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...).

⁷⁸ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença (...).

Esses dispositivos, entre outros que materializam também as normas constitucionais já referidas, bem demonstram que a segurança é um valor contemplado pelo ordenamento jurídico pátrio e protegido pelo princípio da segurança jurídica.

2. A coisa julgada

2.1. A importância da coisa julgada para a segurança jurídica

Como visto, e José Afonso da Silva bem coloca a questão, um dos aspectos da segurança jurídica protegida pela Constituição (segurança como proteção dos direitos subjetivos) importa, além do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, no respeito à coisa julgada.

Mas a garantia de estabilidade da coisa julgada refere-se à coisa julgada material, não à coisa julgada formal, beneficiando-se, esta última, da proteção indiretamente na medida em que contida na coisa julgada material, por ser pressuposto desta. Nas palavras do constitucionalista:

“Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica.”⁷⁹

Cândido Dinamarco também bem anota que:

“O mais elevado grau de imunidade a futuros questionamentos, outorgado pela ordem jurídica, é a autoridade da *coisa julgada material*, que se restringe às sentenças de mérito (CPC, arts. 467 e 468). A própria Constituição a assegura (art. 5º, inc. XXXVI), primeiramente como afirmação do *poder estatal*, não admitindo que os atos de exercício de um poder que é soberano por natureza possam ser depois questionados por quem quer que seja. Tal é o primeiro significado da *final enforcing power* em que se traduz a autoridade da coisa julgada material. Nem outros órgãos estatais, nem o legislador ou mesmo nenhum juiz, de qualquer grau de jurisdição, poderá rever os efeitos de uma sentença coberta pela coisa julgada e com isso alterar a situação concretamente declarada ou determinada por ela (CPC, art. 267, inc. V, e art. 301, inc. VI). Daí

⁷⁹ *Op. cit.* p. 22.

ser ela uma garantia constitucional, outorgada aos sujeitos em benefício da segurança das relações jurídicas e intangibilidade dos resultados do processo. Sem a coisa julgada, tais resultados poderiam ser revistos sucessivamente e muito menor seria a utilidade social da jurisdição porque deixaria sempre o caminho aberto para o reacender de conflitos.

É menos intensa a imunização que a ordem jurídica outorga aos demais atos de exercício da jurisdição. As *sentenças terminativas*, que extinguem o processo sem julgamento do mérito (carência de ação, vício de representação, inépcia da petição inicial, desistência da ação, etc.), não impedem que a demanda seja reproposta (arts. 28 e 268) nem que no novo processo o juiz decida a mesma questão de modo diferente (negando a carência de ação afirmada no processo anterior etc.); a *entrega do bem*, no fim do processo de execução, pode depois ser questionada mediante pedido de anulação desta (art. 486); etc. Mas, por menor que seja a intensidade do grau de imunidade concedido a um ato jurisdicional, sempre é exclusivamente o Poder Judiciário quem poderá neutralizá-lo, ou desconstituí-lo.”⁸⁰

Conforme já anotado, mais do que na positividade e na prestação jurisdicional, a formação da coisa julgada é que consolida o respeito à segurança jurídica, conformando e trazendo a paz social.

Aliás, pode ser dito que a coisa julgada forma-se no âmbito da norma individual, aquela fruto da prestação jurisdicional. A norma individual, que se torna imutável com a formação da coisa julgada, portanto, é fruto direto da positividade — da norma geral, faz-se a norma individual, que ganha estabilidade.

A necessária e obrigatória observância da decisão judicial de que não caiba mais recurso consolida a aplicação da norma individual, ao caso concreto, e faz com que as partes envolvidas saibam qual conduta devem seguir, resolvendo dúvida pretérita e/ou ditando o comportamento para o futuro.

Nesse sentido, Eduardo J. Couture bem destaca que mais que uma exigência jurídica, a coisa julgada é uma exigência política, nascendo não de uma “razão natural, mas sim de exigência prática”⁸¹.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. pp. 314-315.

⁸¹ COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. p. 332.

Sem a garantia do respeito à coisa julgada, o *caos* seria instaurado, pois não só as partes envolvidas em uma lide viveriam em situação de insegurança, como também todos os jurisdicionados, pois não teriam a consciência e a tranquilidade de que, havendo dúvida quanto à resolução de um problema, o Poder Judiciário ditaria a solução definitiva a partir das normas do ordenamento jurídico. Assim, não conseguiriam guiar seus negócios, suas vidas e suas condutas.

Mas, consoante as lições antes expostas, apenas a coisa julgada material ganha a estabilidade que dá segurança jurídica, pois a formal autoriza o demandante a ajuizar nova ação. Fazendo um paralelo com as lições de James Goldschmidt⁸², com a possibilidade do ajuizamento de uma ação, onde havia direito passa a haver chances.

Até para que haja maior precisão, importante destacar que o ápice da segurança jurídica só é atingido ainda em um momento posterior, além da formação da coisa julgada material — após o decurso do prazo para eventual ação rescisória. Isso porque, ultrapassado esse prazo decadencial, até os vícios da maior gravidade são sanados e nada mais pode ser questionado⁸³ em momento algum (sanatória geral). Válida a referência tradicional à lição de Jorge Americano, sobre a coisa julgada, bem elucidativa da sua importância:

“Pela *cousa julgada* visa a lei, não é demais repetir, a estabilidade das relações jurídicas resolvidas na sentença. Não tem, nem poderia ter em vista, por um mal entendido fetichismo, contrapor à verdade real, ou à verdade jurídica, uma verdade ficta. É *commun* dizer-se que a sentença passada em julgado faz do preto, branco e do quadrado, redondo. *Res judicata pro veritate habetur*. Semelhante afirmação deve ser recebida com a reserva imposta pela *hypothese* da nullidade, ou da ilegalidade da sentença,

⁸² James Goldschmidt desenvolve a teoria da situação jurídica, para a qual o processo não seria relação, mas situação, o estado de uma pessoa sob o ponto de vista da sentença. Para ele, que traça paralelo interessante com a guerra (o vencedor de uma guerra desfruta um direito, uma situação de vantagem, obtido pela luta e vitória. Na paz, não se cogitaria desse direito, que seria estático, mas, iniciada a guerra, surgem expectativas, encargos, possibilidades acerca do direito), há duas classes de imperativos jurídicos — as normas que impõem condutas aos indivíduos, e os elementos para o julgamento pelo órgão judicante. Isso definiria a função estática e a função dinâmica do direito. Quando o direito, pelo processo, assume esta última função, onde havia direito passa a haver *chances* (expectativas, perspectivas, ônus e possibilidades). Cf. *Derecho Procesal Civil*.

⁸³ Exceto a inexistência jurídica, que não é vício, como a falta de citação.

pois que mais prejudica à sociedade a manutenção de uma sentença mentirosa ou ilegal, do que a sua revogação para se restaurarem a verdade e o direito.”⁸⁴

Como a rescindibilidade, a seguir tratada, pode, portanto, levar à alteração da coisa julgada, as hipóteses de cabimento da ação excepcional são taxativas, sob pena de não se garantir o respeito à segurança jurídica. E, por esse mesmo motivo, a doutrina e a jurisprudência sobre a relativização da coisa julgada devem avançar com cautelas.

2.2. Referência à coisa julgada na *common law*⁸⁵ — Direito Inglês e Norte-americano

Também na *common law* existe o instituto da coisa julgada, ainda que com alguns contornos distintos. E não poderia ser diferente, como visto, sob pena de se instaurar a insegurança jurídica. Kevin Clermont bem destaca que em todos os sistemas jurídicos deve haver a previsão e garantia de respeito à coisa julgada:

“Os sistemas legais devem aceitar esse impulso e, então, formular o direito para implementar isso. Nesse estágio, a regulamentação da coisa julgada fica mais feia, mas de forma diferente nos distintos sistemas. Os sistemas podem diferir (1) quanto ao alcance da regulamentação da coisa julgada, na medida em que o sistema pretende implementar noções mais refinadas de justiça, ou, simplesmente, (2) na forma como os legisladores e construtores do direito moldem a doutrina. Os componentes mais influentes da justiça são a eficiência e a razoabilidade, apesar das várias condutas materiais,

⁸⁴ AMERICANO, Jorge. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisória dos Julgados no Direito Brasileiro*. p. 6.

⁸⁵ No presente estudo, utiliza-se a tradicional divisão entre as famílias de direito da *common* e *civil law* (romano-germânica). Não obstante, também por conta da aproximação entre elas, a distinção não seja mais recomendada pelos modernos estudiosos do direito comparado, ela é importante e útil para o trabalho, na medida em que fixa dois paradigmas de indubitável valor que, historicamente, desenvolveram-se com concepções distintas da regra de direito e de institutos jurídicos. Por isso, ela foi aqui adotada. Sobre os cuidados no estudo dos dois sistemas (como, v.g., com a linguagem), cf. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*.

que variam da otimização das condições de mercado à regulamentação das relações clientes-advogados.”⁸⁶

A grande diferença entre as coisas julgadas dos direitos do sistema romano-germânico e da *common law* está na base sobre a qual se formam — no primeiro, sobre a lei (utilizando a jurisprudência apenas como fonte subsidiária) e no segundo, principalmente sobre a jurisprudência, consubstanciada no *stare decisis* (precedentes). Isso faz com que haja distinções entre as concepções de coisa julgada. Nesse ponto, inclusive, é que será explorado o objeto central do presente estudo — em que medida a adoção da súmula vinculante (como um sistema de precedentes) no Direito Brasileiro afetará e relacionar-se-á com a nossa concepção de coisa julgada?

No Direito Inglês, tradicionalmente fala-se em *res judicata, cause of action estoppel (estoppel per rem judicatam)* e *issue estoppel (issue per rem judicatam)*.

A coisa julgada é a característica que uma decisão judicial meritória final ganha de imutabilidade e autoridade. Ela demonstra o interesse estatal em acabar com o litígio, trazendo a paz social e a intenção de evitar sucessivos e repetidos litígios sobre o mesmo objeto. Ou seja, a conclusão de uma decisão judicial meritória não pode mais ser debatida em ação subsequente, com o mesmo objeto entre as mesmas partes, até e também para que se evitem contradições entre os julgados.

Mas a doutrina e a jurisprudência inglesas vão além e estendem os efeitos da vinculação da autoridade da coisa julgada não apenas à conclusão (parte dispositiva). Nesse sentido é que se desenvolveram os conceitos de *cause of action estoppel* e de *issue estoppel*.

A *cause of action estoppel* significa que a causa de pedir vincula as mesmas partes em outra demanda que tenha a mesma causa de pedir. Ou seja, se o fundamento do pedido for o mesmo, é como se a causa fosse a mesma, e a coisa julgada produz seus efeitos evitando que a nova demanda prossiga. Peter Barnett bem explica:

⁸⁶ *Op. cit.* p. 297. Tradução nossa de: “Legal systems must accept this impulse, and then formulate law to implement it. At that stage, *res judicata* law gets uglier, but in different ways in different systems. Systems may differ (1) in how far the bindingness of *res judicata* law reaches, as the legal system pursues its more refined notions of justice, or merely (2) in how the lawmakers have shaped the doctrine as a matter of form. The most influential components of justice here are procedural efficiency and fairness, although various substantive policies, which range from optimizing market conditions to regulating attorney-client relations, can play a role too.”

Peter Barnett entende que, na verdade, essa doutrina desenvolvida a partir do caso *Henderson v. Henderson* relaciona-se mais ao abuso do processo e explica que:

“É um abuso processual litigar sobre o mesmo objeto, em procedimentos subseqüentes, que não foi tratado na determinação judicial do

Assim, em razão da própria confusão na determinação do termo, é que a coisa julgada norte-americana pode atingir não só o pedido formulado, mas os pedidos que poderiam ter sido deduzidos (*claim preclusion*, como sinônimo, nesse sentido, significaria os pedidos possíveis, que poderiam ter sido articulados tendo como base a causa de pedir fática e jurídica). Robert C. Casad e Kevin M. Clermont, após anotarem que, modernamente, fala-se mais em *claim* e menos em *cause of action*, explicam que a visão atual é a de que a *claim* abrange todos os argumentos que poderiam ter sido articulados:

“The old view, to which some jurisdictions still adhere, defined cause of action more narrowly in terms of a single legal theory or a single substantive right or remedy of the plaintiff. The modern view is that a claim includes all theories’ bestowal of rights on the plaintiff to remedies against the defendant with respect to the *transaction* from which the action arose.

The modern, or so-called transactional, view of *res judicata* dictates that the plaintiff *should* in a single lawsuit fully litigate all grievances arising from a transaction, just as the plaintiff *may* do under the modern rules of procedure. The rationale is that this view increases efficiency, with an acceptable burden on fairness.”⁹¹

Os efeitos da *res judicata* verificam-se apenas entre as mesmas pessoas que foram partes ou entre quem tem relação de interesse na mesma matéria e quem foi parte na primeira ação⁹². Segundo Mary Kay Kane, quando novas partes estiverem envolvidas na segunda ação, “uma distinta e separada causa de pedir é apresentada”⁹³ e, se algum efeito preclusivo for produzido, só pode ser atribuído ao *collateral estoppel*, a seguir analisado.

⁹⁰ *Op. cit.* p. 226. Tradução nossa de: “the focus in determining whether B has split the cause of action is whether the same facts are in issue and the same evidence will be utilized for both the defense and the omitted claim”.

⁹¹ CASAD, Robert C., CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata: a Handbook on its Theory, Doctrine, and Practice*. p. 62.

⁹² *Privity*, que, segundo o *Blacks Law Dictionary*, significa “the connection or relationship between two parties, each having a legally recognized interest in the same subject matter”. Artur da Fonseca Alvim anota que “o termo *privity*, de origem igualmente jurisprudencial, refere-se basicamente à existência de uma relação jurídica entre um terceiro e a parte. Tal vínculo pode nem possuir relação direta com a causa em questão, como é o caso de administradores e seus representados, assim como a relação patrão-empregado (*Revista de Processo — REPRO 132 — ano 31 — fevereiro de 2006*. p. 79).

⁹³ *Op. cit.* p. 227. Tradução nossa de: “a separate or different cause of action is presented”

Collateral estoppel, ao contrário da *res judicata*, refere-se ao efeito preclusivo que as matérias debatidas em uma ação anterior produzem. Enquanto que a *res judicata*, ou *claim preclusion*, estende seus efeitos para todas as matérias debatidas ou não na primeira ação, o *collateral estoppel*, ou *issue preclusion*, estende os efeitos de uma matéria apreciada para a segunda ação. Kevin Clermont é preciso:

“*Claim preclusion* age limitando o número de causas que podem ser ajuizadas com a mesma controvérsia base. Se a *claim preclusion* é aplicada, toda a segunda ação com o mesmo pedido será extinta, independente de quais matérias foram ou não objeto do primeiro litígio. Por outro lado, *issue preclusion* está relacionada apenas à repetição de litígios com as mesmas matérias. Assim, *issue preclusion* aplicar-se-á apenas se a *claim preclusion* for inaplicável, seja porque é aplicável uma exceção ou porque um pedido diferente está em debate.”⁹⁴

O mesmo autor, em obra conjunta com Robert C. Casad, anota que a *issue preclusion (collateral estoppel)* aplica-se apenas quando não se aplica a *claim preclusion*:

“*Issue preclusion* — pelas suas subdoutrinas do *direct* e *collateral estoppel* — diz respeito apenas à repetição do litígio sobre as mesmas questões. Assim, *issue preclusion*, que apenas evita a reconsideração de partes da segunda ação que foram decididas na primeira ação, aplica-se apenas se a *claim preclusion* for inaplicável. Se a *claim preclusion* não se aplicar, seja por conta de uma exceção ou porque um pedido diferente está sendo debatido, então *issue preclusion* age para prevenir nova litigância de matérias essenciais.”⁹⁵

⁹⁴ *Op. cit.* p. 321. Tradução nossa de: “Claim preclusion aims at limiting the number of lawsuits that may be brought with respect to the same basic controversy. If claim preclusion applies, a whole second lawsuit on the same claim will terminate, regardless of what issues were or were not litigated in the first lawsuit. By contrast, issue preclusion concerns only repeated litigation of the same issues. Thus, issue preclusion would apply only if claim preclusion was inapplicable, either because an exception applied or because a different claim was in suit.”

⁹⁵ *Op. cit.* p. 113. Tradução nossa de: “Issue preclusion — by its subdoctrines of direct and collateral estoppel — instead concerns only repeated litigation of the same questions. Thus, issue preclusion, which merely avoids reconsideration of parts of the second law-suit that were decided in the first lawsuit, would apply only if claim preclusion was inapplicable. If claim preclusion did not apply, either because an

Também a definição do Black's Law Dictionary é no sentido de que significa “uma defesa afirmativa obstando a parte de litigar novamente uma determinada matéria contra aquela parte da ação anterior, mesmo se a segunda ação for significativamente diferente da primeira”⁹⁶.

Assim, mesmo que a segunda ação seja diferente da primeira, se as matérias foram apreciadas na primeira ação, elas não poderão ser reapreciadas na segunda ação. Mas há alguns requisitos, com relação aos quais a doutrina é quase unânime: a matéria deve ser a mesma nas duas ações, a matéria deve ter sido objeto de apreciação expressa e ela deve ser essencial ao julgamento (fundamento essencial).

E o mais interessante é que a matéria pode ser fática, legal ou mista (fático-legal). Kevin Clermont bem demonstra a função e a justificativa do *collateral estoppel*:

“Essa doutrina da *issue preclusion* tem como base a premissa de que uma Corte deve ser capaz como qualquer outra de resolver as matérias objeto da demanda. Tendo um julgamento resolvido, as matérias debatidas após a manifestação do adversário, as matérias não devem novamente ser discutidas pelas mesmas partes em nenhuma Corte. *Issue preclusion* não apenas atende aos ditames da razoabilidade mas, também, atende aos interesses econômicos e aos esforços judiciais, trazendo certeza e estabilidade, e tende a prevenir situações anômalas, tão danosas para a fé pública no sistema judicial, de duas prestações jurisdicionais conflitantes sobre a mesma questão.”⁹⁷

Esse instrumento da *collateral estoppel*, ou *issue preclusion*, que não tem correspondente no ordenamento jurídico processual civil brasileiro⁹⁸, bem demonstra a

exception applied or because a different claim was in suit, then issue preclusion acts to prevent relitigation of essential issues.”

⁹⁶ Tradução nossa de: “an affirmative defense barring a party from relitigating an issue determined against that party in an earlier action, even if the second action differs significantly from the first one.”

⁹⁷ *Id.* p. 322. Tradução nossa de: “This doctrine of issue preclusion rests on the premise that one court should be as capable as any other to resolve the issues in dispute. Once a judgment resolves the issues after the adversary system of adjudication has run its full and fair course, the issues should not again be open to dispute by the same parties in any court. Issue preclusion not only accords with the dictates of fairness but also serves the interests of economy of judicial effort, foster the certainty and stability of repose, and tends to prevent the anomalous situation, so damaging to public faith in the judicial system, of two authoritative but conflicting answers being given to the very same question.”

⁹⁸ A figura mais semelhante é a do efeito de intervenção, do artigo 55, do CPC, que proíbe o assistente de discutir a justiça da decisão, salvo se provar que pelo estado em que recebera o processo ou por

confiança depositada na *common law* nos magistrados e nos julgamentos. Ela traz, ainda, como vantagem, a segurança jurídica, ao garantir mais que uma previsibilidade, mas quase uma certeza, no que toca ao entendimento sobre matérias já decididas. E nem se diga que o contraditório poderá restar prejudicado, pois, consoante bem anota Mary Kay Kane, os efeitos do *collateral estoppel* só poderão ser produzidos quando “a parte teve a oportunidade integral de litigar determinada matéria.”⁹⁹.

A coisa julgada, por regra, atinge apenas as partes envolvidas. Excepcionalmente, pode atingir algum representante legal (que tenha relação com a parte). Kevin Clermont destaca que a “coisa julgada vai impedir apenas aqueles que não foram partes, mas são intimamente relacionados à parte ou, consoante a lei, aqueles que tenham alguma relação jurídica com a parte”¹⁰⁰.

Estranhos podem, também, sofrer os efeitos da *res judicata*, mas não podem ser diretamente atingidos, ou melhor, podem sofrer os efeitos de uma decisão transitada em julgado, mas não ficam vinculados por esta decisão, podendo rediscutir a matéria. Kevin Clermont explica:

“Em síntese, um estranho para um julgamento não pode ser atingido por ele. Todavia, o estranho pode vir a se beneficiar dele. A forma mais importante dos potenciais benefícios é quando um estranho usa um julgamento anterior como *collateral estoppel* contra a parte do caso anterior.”¹⁰¹

Os efeitos do *collateral estoppel* também, por regra, atingem apenas as partes ou representantes legais envolvidos nas ações. Mas, por razões de economia processual, se uma matéria já foi decidida uma vez em uma primeira ação, ela pode atingir e produzir efeitos em uma segunda ação envolvendo quem não foi parte na primeira.

declarações e atos do assistido fora impedido de produzir provas relevantes e se provar que desconhecia a existência de alegações ou de provas de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu. Esse efeito de intervenção é, em certo sentido, mais amplo que a coisa julgada, pois protege não a parte dispositiva, mas os fundamentos de fato e de direito da sentença (justiça da decisão), que não poderão, salvo nas hipóteses referidas, ser rediscutidos.

⁹⁹ *Op. cit.* p. 230. Tradução nossa de: “a party has had a full opportunity to litigate the particular issue.”

¹⁰⁰ *Op. cit.* p. 333. Tradução nossa de: “res judicata will bind only those nonparties closely related to the representative party or, as the law phrases it, those in privity with the party.”

¹⁰¹ *Id.* p. 336. Tradução nossa de: “In brief, a stranger to a prior judgment cannot be bound by it. However, the stranger could conceivably benefit from it. The most important form of potential benefit is a stranger’s using the prior judgment of collateral estoppel against a former party.”

A questão assim lançada pode parecer simples, mas não é pacífica, considerando a doutrina da mutualidade (*mutuality*), segundo a qual deve ser dado um tratamento igualitário a todos (que devem ter sempre o direito de se defender). Segundo Mary Kay Kane, a Suprema Corte dos Estados Unidos abandonou a doutrina da mutualidade nas Cortes Federais, no caso *Parklane Hosiery Co. v. Shore*. Nas suas palavras:

“A Corte decidiu que a Corte inferior tem ampla discricção para determinar essa questão e que o *collateral estoppel* deve ser aplicado mesmo quando está sendo afirmado pelo autor contra alguém que foi réu na primeira ação, a não ser que a Corte ache que o autor facilmente poderia ter participado da primeira ação ou que a aplicação do *collateral estoppel* seria injusta para o réu.”¹⁰²

Kevin Clermont, por sua vez, anota que essa decisão da Suprema Corte tem o condão de atingir o Estado em juízo, evitando grande volume de processos discutindo a mesma questão já decidida (em outro processo em que o Estado tenha sido réu). Mas ele discorda da generalização, que é arriscada. Nas suas palavras, principalmente, “a não mutualidade destrói a equivalência do risco de litigar, por pesar a escala contra a parte comum e mudar, por consequência, as regras mais básicas do sistema processual, notadamente a de que o processo deve garantir um campo nivelado para o jogo”.¹⁰³

¹⁰² *Op. cit.* pp. 237/238. Tradução nossa de: “The Court ruled that the trial court has broad discretion to determine this question and that collateral estoppel should be applied even when it is being asserted by a plaintiff against someone who was a defendant in the first action unless the court finds that the plaintiff easily could have joined in the first action or that the application of collateral estoppel would be unfair to the defendant.”

¹⁰³ *Op. cit.* p. 339. Tradução nossa de: “nonmutuality destroys the equivalence of litigating risk by weighting the scale against the common party, and so changes the most basic of the procedural system’s rules, namely, procedure must provide a level playing field.”

Também Samuel Issacharoff chega a um meio termo que, segundo ele, é o adotado em grande parte das jurisdições americanas:

“O foco atual é maior na *issue preclusion* do que no *collateral estoppel*, tanto do ponto de vista defensivo quanto do ofensivo. Segundo a regra atual, seguida por grande parte das jurisdições americanas, uma parte pode ser surpreendida em um processo do qual ela participou, mas não pode tentar evitar que uma parte não representada no caso anterior. O compromisso da Corte é esse.”¹⁰⁴

Parece-nos que os efeitos do *collateral estoppel*, atingindo, como se coisa julgada formasse, terceiros que não foram partes em um primeiro processo, é realmente perigoso, sob pena de colocar em risco o próprio devido processo legal e seus corolários como do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, parece, principalmente na *common law*, fazer sentido a vinculação de uma primeira decisão sobre uma segunda, se a matéria meritória já foi decidida, por razões de coerência e economia processuais.

Pode haver ainda uma confusão entre a coisa julgada e o *collateral estoppel* e a doutrina do *stare decisis* que é distinta na medida em que é mais flexível (admitindo interpretações e exceções), é aplicada a matéria de Direito (se houver distinção fática o precedente pode não ser aplicável), vincula não pelos seus argumentos (*obiter dicta*), e pode vincular partes distintas e novas de ambos os lados. Robert C. Casad e Kevin M. Clermont explicam:

“*Stare decisis*, ou a doutrina do precedente, é como a coisa julgada na medida em que se preocupa em controlar a influência em casos futuros de uma decisão anterior. É diferente da coisa julgada na função que realiza no nosso sistema legal, na maneira com que o caso anterior influencia o

¹⁰⁴ ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p. 155. Tradução nossa de: “The modern focus is therefore on issue preclusion rather than on collateral estoppel, either offensive or defensive. Thus, under the contemporary rule, followed in most American jurisdictions, a party may be held to an adverse finding in a proceeding in which he participated, but may not seek to bind a previously unrepresented party to the outcome of the earlier case. The Court’s commitment to the day-in-court ideal would demand no less.”

posterior, e no alcance mais amplo nos casos futuros que o anterior pode exercer.”¹⁰⁵

Em síntese:

- (i) o Direito Inglês assemelha-se muito ao Norte-americano no que toca à coisa julgada, em ambos sendo o instituto levado muito a sério, assim como as doutrinas que estendem seus efeitos (do *claim preclusion* e da *issue preclusion*). Há, todavia, algumas diferenças naturais, fruto da exploração maior de um tema num ou noutra país. O *collateral estoppel*, por exemplo, apesar de mais explorado hoje no Direito Norte-americano, desde o século XIX mereceu grande atenção da jurisprudência inglesa.
- (ii) o Direito Norte-americano e o Inglês conhecem, além da *res judicata* (*claim preclusion*), o instrumento do *collateral estoppel* (ou *issue preclusion*), que qualificam as decisões judiciais definitivas (seja pelo pedido ou pela matéria, respectivamente), evitando litígios futuros com o mesmo objeto;
- (iii) ambos diferenciam-se do *stare decisis*, doutrina que embasa a *common law*, segundo a qual devem ser seguidos e observados os precedentes formados em casos anteriores;
- (iv) a *res judicata* é mais abrangente do que tradicionalmente nos países da família romano-germânica, pois pode atingir a causa de pedir (*claim preclusion*) além do pedido e, além das partes, os representantes legais (*privity*);
- (v) além da *res judicata*, o *collateral estoppel* (que não tem correspondente igual no Direito Brasileiro) atinge a matéria discutida (ainda que as ações sejam distintas) e produz efeitos que podem também atingir quem não foi parte;
- (vi) a conjugação da *res judicata* com o *collateral estoppel* otimizam a prestação jurisdicional, evitando litígios e discussões desnecessárias, em um sistema (*common law*) em que o poder do julgador é maior do que na *civil law* e a

¹⁰⁵ *Op. cit.* p. 13. Tradução nossa de: “Stare decisis, or the doctrine of precedent, is like res judicata in that it concerns the controlling influence on later cases of a decision rendered in an earlier one. It is different

decisão é tomada caso a caso, sem uma base legislativa (em tese) tão forte e marcante — essa a justificativa;

- (vii) não se observa, na doutrina e na jurisprudência atuais, em razão, possivelmente, da clara distinção e longa convivência, preocupação com eventual conflito entre a coisa julgada e o *stare decisis*.

2.3. Referência histórica à coisa julgada no ordenamento processual civil português e no brasileiro

Como exemplo da coisa julgada na *civil law*, tratar-se-á da coisa julgada no Direito Português e no Brasileiro.

Para contextualizar, vale ser referido que, na chamada Alta Idade Média, na Europa, a desorganização política e social predominava. Nessa época, na Itália, sob o império de Justiniano (528/534) três compilações da mais alta importância foram elaboradas — O *Código*, o *Digesto* e as *Institutas*¹⁰⁶.

Por volta do século XII, verificou-se o chamado Renascimento do Direito Romano, estimulado, inclusive pelo vulto dos glosadores. Marcello Caetano afirma que: “É pois no começo do século XII, sobretudo, que ganha vulto na cidade italiana de Bolonha o que geralmente se chama *renascimento do Direito Romano*.”¹⁰⁷

Nota-se, também, a importância do Direito Canônico no período, ocorrendo uma interligação entre os dois sistemas — este e o “Justinianeu”. Marcello Caetano informa:

“A índole já cristianizada do Direito justinianeu e a profunda romanização da Igreja e do Direito Canônico facilitam o estudo dos dois sistemas jurídicos, que tem um ou outro o predomínio, consoante prepondera na Europa o Papado ou o poder temporal. Nas mesmas universidades convivem civilistas, decretistas e decretalistas: os métodos da glosa e do comentário são usados por uns e por outros. Dentro em pouco os comentadores apresentarão

from res judicata in the function that it performs in our legal system, the manner in which the earlier case influences the later one, and the wider range of later cases that the earlier one may influence.”

¹⁰⁶ No século XII, ao conjunto chamou-se de *Corpus Juris Civilis*.

¹⁰⁷ CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. p. 336.

um sistema jurídico que é *romano-canónico* e tornam-se frequentes os doutores nos dois direitos — *in utroque jure*.”¹⁰⁸

Portugal sofreu influência desse “novo Direito”, tomando, a legislação portuguesa, todavia, maior vulto com D. Afonso III. Segundo Marcello Caetano:

“De D. Afonso III conhecem-se mais de 200 leis, correspondentes à época do seu reinado (1248-1279) e cujos textos revelam progressiva participação dos legistas na respectiva redacção, que se reflecte na influência romano-canónica. É sobretudo importante neste reinado a legislação sobre matéria-processual.”¹⁰⁹

No século XV, o número de leis em Portugal já era consideravelmente grande, tendo sido editadas as Ordenações Afonsinas, uma compilação de todos os textos em um único Código. Em 1446, no reinado de Afonso V, elas ficaram prontas.

A importância das referidas Ordenações é muito grande no desenvolvimento do Direito Português, pois sintetizam o trajeto desde a fundação da nacionalidade (em especial a partir de Afonso III), consolidando a autonomia de um sistema nacional. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva destaca:

“Têm as *Ordenações Afonsinas* lugar primacial na evolução do Direito português; efectivamente, as posteriores *Manuelinas* e *Filipinas* — e estas últimas estarão vigentes até ao *Código Civil* — conservam o plano sistemático das Ordenações Afonsinas e, mesmo quanto ao conteúdo, têm nelas fundamento.”¹¹⁰

Antes da sua edição, não havia nenhuma norma sobre o Direito a ser subsidiariamente aplicado. Com as Ordenações Afonsinas, todavia, há a expressa atribuição de prevalência às fontes nacionais (leis do Reino, estilos da Corte e costumes do Reino). Lê-se no Título IX, do Livro I:

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 338.

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. 344.

¹¹⁰ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *Op. cit.* p. 274.

“Estabelecemos, e poemos por Ley, que quando alguu caso for trazido em pratica, que seja determinado per algúa Ley do Regno, ou estilo da nossa Corte, ou costume dos nossos Regnos antigamente usado, seja per elles julgado (...).”

As Ordenações trouxeram regulamentação específica do processo civil, não muito organizada, mas que possibilitou alguma sistematização.

A dificuldade de divulgação das Ordenações Afonsinas foi facilitada pelo advento da imprensa, em 1487. A necessidade de se reescreverem as normas em letra de fôrma e considerando o transcurso de cinquenta anos dessa Compilação levou D. Manuel a encarregar comissão para revisá-las e atualizá-las, atentando para a legislação extravagante surgida.

Os Títulos 67 e 69 das Ordenações Afonsinas traziam a regra de que as sentenças definitivas e as decisões interlocutórias (com forças de definitivas, que pusessem fim ao processo) não mais poderiam ser alteradas, por regra. E o Título 78 trazia a regra segundo a qual a sentença defeituosa (sem citação, dada em corrupção, contra sentença anterior, proferida contra ausente baseada em falsa prova, sem quorum específico, por juiz incompetente, ou contra a lei expressa) seria nula (inexistente, segundo as Ordenações, que não diferenciavam da nulidade, assim como o *nulla* do Direito Romano).

Desses dispositivos, pode-se concluir que, por regra, a sentença tornar-se-ia imutável, salvo nas hipóteses dos graves vícios (entre os quais a própria coisa julgada — sentença anterior), quando ela poderia ser anulada. A autoridade da coisa julgada parece clara. Por oportuno, merece transcrição:

“Segundo fomos enformado os Direitos fizeram deferença antre a Sentença, que he nenhuuma per Direito, e aquella que he alguuma, e com direita rezam pode fer revoguada. E differam que aquella he nenhuua per Direito, que he dada fem a parte citada; ou contra outra Sentença jaa dada; ou dada per algum preço, que o Juiz recebeo pera a dar; ou dada por falsa prova acinte contra algum auzente; ou fe eram muitos Juizes deleguados, e alguns delles derao Sentença fem outros; ou fe foy dada per Juiz incompetente em parte, ou em todo; ou fe foi dada contra Direito expreffo, affi como fé o Juiz

judgaffe diretamente, que o meor de quatorze annos podia fazer testamento, ou podia fer testemunha, ou coufa femelhante, que feja contra Direito; cá tal Sentença he nenhuma, e de nenhum valor, e nom fe requer fer della apelado, nem pode já mais em alguum tempo paffar em coufa julgada, mas em todo tempo fe pode dizer contra ella que he nenhuma, e fem alguum effeito.”¹¹¹

Note-se que, quando dada contra Direito expresso, a sentença era nula (nenhuma). Por outro lado, quando fosse dada contra direito da parte (subjetivo) e não fosse objeto de apelação (sendo, portanto, confirma

mercê, que lhe conheçam d'erro algum, se o hy houver, e depois for vencido, e achado, que a Sentença, que guainhou a outra parte contra elle, he boa, e qual devia, por esto, por que costringeo seu adversário como nom devia, se o vencedor for Cavaleiro, ou Cleriguo Prelado da Igreja, o vencido seja penado em dez maravedis d'ouroç e se for piam, ou Clérigo nom Prelado, seja penado em cinco maravidiz d'ouro.”¹¹³

Mas o soberano podia determinar a revisão como mera graça especial, desde que paga determinada importância na Chancelaria, como se observa do seguinte trecho:

“Pero que no cazo, honde os ditos condenados nam aleguarem falsidade de testemunhas, ou Escrituras, ou sobornaçam de Juizes, mas somente pedirem, que per graça especial, e mercê lhe sejam os ditos feitos com as Sentenças revistos, em tal caso nom lhe seja outorgada sua petiçam, salvo paguando primeiramente trinta escudos d'ouro do nosso cunho pêra a nossa Chancellaria, e de hy pêra cima, segundo a calidade do feito for, e dos Juizes que esses feitos desembarguarem; e quando achado for, que esses condenados em todo foram agravados, Nós lhe mandaremos tornar os ditos escudos, que assy ouverem paguados, e bem assy parte delles, se em parte forem achados agravados, e d'outra guisa nam lhe serem mais tornados.”¹¹⁴

Nota-se, aí, a excepcionalidade dessa revisão, cabível apenas em hipóteses restritas ou se houvesse a concessão do rei, por graça especial. A revista não tinha ainda claro caráter de recurso.

A *restitutio* estava prevista no Título 126 em favor do menor de 25 anos que fosse prejudicado por sentença injusta e o prazo era de 4 anos, não podendo, todavia, ser utilizada quando houvesse alguma forma de impugnação ordinária.

Sobre os limites objetivos da coisa julgada, as Ordenações Afonsinas (e nem as posteriores) nada previam. Por outro lado, sobre os limites subjetivos, o Título

¹¹³ Ordenações. Livro III, Título CVIII.

¹¹⁴ Ordenações. Livro III, Título CVIII.

85 era expresso ao determinar que “pero fegundo Direito Comuum a Sentença, e couza julgada aproveite, ou empeça fomite aquelles, antre que he dada”.¹¹⁵

Foram, a seguir, editadas novas Ordenações, as Manuelinas. Estima-se que tenham ficado prontas entre 1512 e 1513. A entrada em vigor só ocorreu, todavia, em 1521, no ano da morte de D. Manuel, quando foi determinado que todos os exemplares das antigas Ordenações fossem destruídos, em três meses, quando, também, deveriam os concelhos adquirir exemplares das novas Ordenações. Uma justificativa para a elaboração da nova compilação pode ser encontrada no seu prólogo:

“(…) Pelo qual vendo Nós, como nas Ordenações pelos Reys Nossos Antecessores, e per Nós ategora feitas, a muitos casos nom era provido, e em alguas havia diversos entendimentos; e assi per andarem espalhadas, donde aos Julgadores recresciam muitas duvidas, e aas partes grande perda.”

As normas já referidas acima sobre a coisa julgada foram praticamente mantidas. Merece referência, apenas, o que demonstra a afirmação da autoridade da coisa julgada, a seguinte regra, do Título 60:

“Quando a fentença he per Dereito ninhua, nunca já mais em tempo alguu paffa em coufa julgada, mas em todo tempo fé pode poer contra ella, que he ninhua, e de ninhuu valor, e fem alguu efecto, e por tanto nom he neceffario feer della apellado. E he per Dereito a fentença ninhua, quando he dada fem a parte feer primeiro citada; ou he contra outra fentença já dada; ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz ouue; ou fe foi dada per falfa proua; ou fé eram muitos os Juizes deleguados, e alguus deram fentença fem os outros; ou fé foi dada per Juiz incompetente, em parte, ou em todo; ou quando foi dada contra Dereito expreffo, affi como fe o Juiz julguaffe dereitamente, que o menor de quatorze annos podia fazer teftamento, ou pode feer teftemunha, ou outra coufa femelhante, que feja contra Dereito expreffo, ou Noffa Ordenaçam.”¹¹⁶

¹¹⁵ *Ordenações Afonsinas*. Livro III. p. 324.

¹¹⁶ *Ordenações Manuelinas*. Livro III. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. pp. 224-225.

Sobre a impugnação das sentenças viciadas, as Ordenações Manuelinas mantiveram cabível a revista, ao lado da *restitutio* (praticamente, intacta). Todavia, a revista por graça especial ganhou caráter mais recursal (extraordinário), enquanto que a chamada “revista de justiça” (erro, falsidade, corrupção) continuou com traços de impugnação com se fosse ação autônoma.

Após a edição das Ordenações Manuelinas, inúmeras leis extravagantes vieram a alterar, revogar ou esclarecer suas disposições. Tornou-se, assim, imperiosa a elaboração de uma coletânea para tentar sistematizar as novas normas, que ficou conhecida como a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão, juriconsulto nomeado para tanto pelo Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião. A Coleção entrou em vigor oficialmente em 1569.

Essa coletânea não passou, todavia, de uma simples obra intercalar e até provisória, visto que, em 1595¹¹⁷, ficaram prontas as Ordenações Filipinas, elaboradas durante a regência de Filipe I.

Essas Ordenações, que foram as que vigoraram por mais tempo¹¹⁸, repetiram a sistemática das Ordenações Manuelinas, com pequenas alterações. No que por ora interessa, as disposições já referidas foram mantidas, no seu conteúdo.

A preocupação com a excepcionalidade de revisão de sentenças (mesmos as injustas) foi reafirmada, com a manutenção de prazos para a revista, *restitutio*, etc., o que demonstra a preocupação com a segurança jurídica, fruto de decisões judiciais.

No século XVI, na Europa, pelo movimento do Humanismo, houve uma nova valorização do Direito Romano. Os comentadores e glosadores, ou melhor, o seu método, que estudava o Direito Romano sob o aspecto prático, em conjunto e incorporando a ele o chamado “Direito vivo”, sofreu inúmeras críticas no final do século XV. Acusavam-no de falta de consistência no raciocínio, falta de rigor histórico e pouco respeito às fontes autênticas. Ganharam força, nesse contexto crítico, os humanistas, que elevavam o *Corpus Iuris* a um livro autoritário e sagrado, que deveria ser amplamente respeitado, e não alterado e adaptado como vinha sendo feito pelos comentadores.

¹¹⁷ A efetiva entrada em vigor, todavia, segundo destaca Mário Júlio de Almeida Costa (*Op. cit.* p. 289), só ocorreu em 1603, no reinado de Filipe II.

¹¹⁸ As Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867 e, no Brasil, praticamente intactas, até o Código Civil de 1916.

Mário Reis Marques¹¹⁹ aponta as seguintes propostas dos humanistas: (i) desvalorização da literatura jurídica medieval (que confundiu e prejudicou o estudo do Direito romano), (ii) restabelecimento do sentido original das disposições jurídicas romanas, (iii) condenação da obra de Justiniano (que teria descaracterizado o Direito romano), (iv) procura de novas formas de sistematização e de redação das matérias (já que a sistematização justinianéia estava cheia de incongruências), (v) redação do Direito em latim elegante e polido.

Essa observação relativa ao Humanismo na Europa, que teve reflexos em Portugal, representou uma viragem no pensamento jurídico europeu, e deixa claro o apego dos países continentais ao Direito Romano culto, não meramente prático. Ao mesmo tempo, leva à discussão da racionalidade como pressuposto da aplicação do Direito Romano¹²⁰. Mas o certo é que essa corrente humanista se desenvolveu e, ao mesmo tempo em que pregava a reconstrução do Direito Romano, tornou livre o exame das fontes romanas.

Esse período do chamado Direito comum durou até meados do século XVIII (reinado de D. José). O período posterior, chamado de influência iluminista, estendeu-se de meados de 1750 à Revolução de 1820.

Isso porque, durante todo o século XVIII, na Europa, ganhou relevo o movimento do Iluminismo, que valorizava a razão. Utilizavam-se, inclusive, métodos próprios das ciências físicas, como o silogismo demonstrativo, no campo das ciências sociais. O próprio Direito Romano e a *communis opinio doctorum* perderam autoridade e importância.

Diferentemente da Idade Média, em que o Direito encontrava o seu sentido último na síntese jurídico-religiosa e até no Direito justinianeu, o verdadeiro Direito encontrava-se, no Iluminismo, a partir da razão humana. Mário Reis Marques anota que, no Iluminismo, “os direitos e deveres naturais do ser humano derivam agora da natureza racional do homem”.¹²¹

¹¹⁹ MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. pp. 89/92.

¹²⁰ Nuno J. Espinosa Gomes da Silva (*Op. cit.* pp. 306 e segs.) bem anota que as Ordenações Manuelinas justificavam a vigência das normas do Direito Romano na presunção de racionalidade.

¹²¹ MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 121.

Esse caminho já vinha sendo trilhado, no século XVII, pelo desenvolvimento da escola racionalista do direito natural, segundo a qual se chega à compreensão do direito natural a partir da razão humana, sem necessidade de recurso a postulados teleológicos.

Um exemplo da influência iluminista, no Direito Português, foi a chamada Lei da Boa Razão, de 1769, que substituiu a autoridade do rei, enquanto fonte de Direito, pela sua razão, ao declarar que as normas de Direito Romano só seriam aplicáveis caso mostrassem-se concordantes com a boa razão.

É importante notar, ainda, que o pensamento iluminista, ao mesmo tempo em que foi racionalista quanto ao direito natural, estimulou o voluntarismo no que diz respeito ao direito positivo — o direito positivo passou a ser considerado a expressão da vontade do legislador. Dessa forma, a lei passou a ser a fonte única do Direito, tendo um sentido unívoco. O fortalecimento da idéia de necessidade de segurança jurídica foi crescente.

Nesse contexto racionalista, é natural que surgissem tentativas de reforma das Ordenações, visto que o próprio papel da lei e do Direito começou a ser questionado. Foi o que ocorreu. Alguns projetos foram elaborados, no reinado de D. Maria I e D. João IV. Nenhuma das iniciativas, todavia, foi adiante, prevalecendo o respeito às Ordenações.

A influência liberal e individualista, por outro lado, verificou-se desde a Revolução liberal de 1820 até por volta da Primeira Guerra Mundial.

A partir da Revolução Francesa, ganhou eco o movimento anti-reformas, de afirmação dos direitos individuais, anteriores à sociedade política e insuscetíveis de modificação, de pregação da liberdade e igualdade de todos os homens perante a lei, de separação dos poderes, de soberania popular, de governo representativo, de desconfiança do poder político absolutista¹²², o que também não ocasionou incompatibilidade com a preocupação com a segurança jurídica, muito pelo contrário. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva bem destaca o papel dos ideais defendidos, todos

¹²² Merece destaque a seguinte lição de Bobbio: “O Estado moderno, liberal e democrático surgiu da reação contra o Estado absoluto. Este nascimento, que tem como fases culminantes as duas revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, foi acompanhado por teorias políticas cujo propósito fundamental é o de encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do príncipe. Na tradição do pensamento político inglês, que ofereceu a maior contribuição para a solução deste problema, dá-se o nome específico de ‘constitucionalismo’ ao conjunto de movimentos que lutam contra o abuso do poder estatal” (*Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. p. 15).

“construções destinadas a realçar a posição do homem-indivíduo, a diminuir a força do Estado, e a querer consignar, por escrito, o estatuto das relações entre o indivíduo e a sociedade.”¹²³

Em Portugal, a Revolução de 1820 marcou o início do domínio do pensamento liberal¹²⁴. O primeiro marco foi a promulgação da Constituição de 1822 e o movimento codificador, levado a cabo pelo individualismo. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva destaca:

“De acordo com a fundamentação já lançada pelo *Iluminismo*, entende-se que grande parte dos males que afligem a sociedade provêm da existente pluralidade de *fontes de direito* (lei, costume, estilo, direito romano, direito canônico) e da abundância desordenada de *normas extravagantes*. Há, pois, que unificar, sistematizar, simplificar; há que considerar como única fonte a lei e que conservar, em vigência, poucas e claras leis. Em resumo: *só a lei e poucas leis*. O combate contra a pluralidade de fontes fora — como já se viu — encetado pela *Lei da Boa Razão*. Mas esse problema e, bem assim, o da multiplicidade desordenada de leis não estavam, ainda, resolvidos quando sobreveio a revolução liberal; com tal finalidade, irão surgir vários *Códigos*, que deverão conter todo o direito vigente, nos vários ramos.”¹²⁵

Nesse mesmo período, algumas reformas foram verificadas na legislação processual. Não tão grandes como ocorreram com o Direito Civil¹²⁶ e também no

¹²³ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *Op. cit.* p. 415.

¹²⁴ Várias Escolas marcaram esse período, com influência em Portugal, como em toda a Europa. Destacam-se a Escola da Exegese, que, em síntese, reduzia o Direito à lei, a Escola Histórica, a Escola Sociológica, Teleológica e Funcional, que já não considera o Direito como um sistema fechado, mas um meio de que se vale o legislador para atingir seus fins e promover certos valores. Todas essas Escolas ligam-se, de uma forma ou de outra, a concepções positivistas do Direito. Um questionamento dessas concepções, com maior intensidade, observa-se no final do século XIX e no início do século XX, com, por exemplo, Ihering, a Jurisprudência dos Interesses, e visões como a Tópica, de Theodor Viehweg, e Retórica, de Chaïm Perelman. Cf. nosso *O Raciocínio Jurídico na Filosofia Contemporânea e Metodologia da Ciência do Direito*, de Karl Larenz.

¹²⁵ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *Op. cit.* pp. 418/420.

¹²⁶ Quanto ao Direito Civil, não se pode deixar de referir a questão da subsidiariedade do Direito, conforme o Código Civil Português de 1867. A tendência passou a ser, ao contrário do que vinha prevalecendo nas Ordenações, a de valorizar o Direito interno. Havendo lacunas, ao invés de se recorrer ao Direito romano, por exemplo, dever-se-ia recorrer ao Direito interno. O artigo 16, do Código, por exemplo, dispunha que “se as questões sobre direitos e obrigações não puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos princípios de Direito natural, conforme as circunstâncias do caso”. A interpretação que se deu (e deve dar) a princípios de Direito natural é a de que eles correspondem a princípios gerais do Direito,

Direito Penal, o que se justificava em razão da maior preocupação com o direito substantivo do que com o adjetivo. Publicaram-se a Reforma Judiciária, em 1832, a Nova Reforma Judiciária, em 1837, e a Novíssima Reforma Judiciária, em 1841. Em 1876, sobreveio o primeiro Código de Processo Civil, substituído, em 1939, por outro.

O traço característico das reformas foi a prevalência do princípio dispositivo, em detrimento do princípio inquisitório. Valorizou-se mais a iniciativa das partes e a concepção de processo como instrumento posto à disposição dos particulares.

O atual Código de Processo Civil português (Decreto-Lei 44129, de 28 de dezembro de 1961) trata na Seção III, do Título II, do Livro III, dos efeitos da sentença, e logo no primeiro artigo¹²⁷, estabelece que, transitada em julgado a sentença, a relação material controvertida ganha força de obrigatória dentro do processo e fora dele. E o artigo 677 especifica que “a decisão considera-se passada ou transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário, ou de reclamação”.

Destaque-se, todavia, que o referido artigo não dá o nome de coisa julgada material a essa qualidade que a sentença relativa à relação de direito material ganha. Por outro lado, o artigo 672¹²⁸ expressamente chama de coisa julgada formal a qualidade que os despachos e sentenças que não julguem o mérito ganham, tornando-se obrigatórios dentro do mesmo processo.

Sobre o alcance da coisa julgada, o Código dedica o artigo 673, segundo o qual “a sentença constitui caso julgado nos precisos limites e termos em que julga: se a parte decaiu por não estar verificada uma condição, por não ter decorrido um prazo ou por não ter sido praticado determinado facto, a sentença não obsta a que o pedido se renove quando a condição se verifique, o prazo se preencha ou o facto se pratique”.

Desde logo, anotamos que o Direito Brasileiro atual, apesar de algumas confusões técnicas e terminológicas a seguir detalhadas, é mais preciso e exaustivo no trato da coisa julgada do que o Direito Português vigente.

relacionados à ordem jurídica vigente ou legislada. Por oportuno, quanto ao tema dos princípios gerais do Direito. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*.

¹²⁷ “Art. 671 — valor da sentença transitada em julgado. 1. Transitada em julgado a sentença, a decisão sobre a relação material controvertida fica tendo força obrigatória dentro do processo e fora dele nos limites fixados pelos artigos 497 e seguintes, sem prejuízo do que vai disposto sobre os recursos de revisão e de oposição de terceiro. Têm o mesmo valor que esta decisão os despachos que recaiam sobre o mérito da causa.”

¹²⁸ “Art. 672 — caso julgado formal. Os despachos, bem como as sentenças, que recaiam unicamente sobre a relação processual têm força obrigatória dentro do processo, salvo se por sua natureza não admitirem o recurso de agravo.”

Já sobre o Direito pátrio, é certo que, proclamada a Independência do Brasil, surgiu a necessidade de, como um Estado, possuir ordenamento jurídico próprio.

Estavam em vigor a essa época, em Portugal, as Ordenações Filipinas.

Formada Assembléia, em 1823, decidiu-se por revalidar as normas constantes das Ordenações Filipinas e leis extravagantes, incorporando-as ao Direito Brasileiro (Lei de 20 de outubro de 1823).

Em 1824, a Constituição do Império criou o Supremo Tribunal de Justiça, competente, entre outras coisas, para examinar as revistas nos casos de manifesta nulidade ou injustiça notória.

Em 1850, sobreveio o Regulamento 737, disciplinador dos processos que versassem sobre causas comerciais, mas que continha interessantes e importantes dispositivos (aplicáveis ao processo civil por força do Decreto 763, de 16/09/80). A ação autônoma de nulidade já vinha sendo admitida para atacar os vícios das sentenças desde o Direito Português. O Regulamento, todavia, expressamente excluiu a possibilidade de utilização dessa ação quando já houvesse sido utilizada a revista (e tampouco se preocupou com as nulidades porventura surgidas quando do julgamento da própria revista).

Por outro lado, o Regulamento avançou ao, pioneiramente, no artigo 681, chamar a via autônoma de ataque à sentença nula de rescisória, cabível ao lado da revista. Ademais, deixou claro que a sentença deveria não só ser declarada nula, como os atos jurídicos, mas desconstituída, apesar da confusão terminológica, consoante bem anota Pontes de Miranda:

“No art. 650, o Reg. n. 737 definiu a sentença ‘nula’; no art. 681, disse quais os meios para se chegar à anulação: ‘A sentença pode ser *anulada*’, estatuiu o dito art. 681, ‘por meio de apelação, por meio da revista, por meio de embargos à execução, por meio de ação rescisória, não sendo a sentença proferida em grau de revista’. Note-se a ambigüidade: Nula, anulável, ou rescindível?”¹²⁹

E as sentenças que poderiam ter a nulidade declarada em ação rescisória deveriam resultar de:

A) vícios que, embora permitindo o nascimento da relação jurídica processual, deveriam ter impedido o seu desenvolvimento (Sentença proferida: por juiz peitado, impedido, ou incompetente rationae materiae; com ofensa à coisa julgada);

B) vícios que, embora permitam o nascimento e o desenvolvimento da relação jurídica processual, acarretam a nulidade total ou parcial do processo (Sentença proferida em processo nulo por falta de atos, termos ou formalidades substanciais);

C) injustiça em virtude de:

a) ilegalidade decorrente de má aplicação do Direito aos fatos da causa (Sentença proferida contra Direito expresso);

b) má informação do juiz provocada por atividade criminosa (Sentença fundada em prova falsa).¹³⁰

A Constituição de 1891 substituiu a modalidade da revista pelo o que veio a ser o atual recurso extraordinário e delegou competência aos Estados para legislar sobre matéria processual e os Códigos Estaduais, em grande parte, seguiram a mesma linha das disposições do Regulamento 737.

A Constituição de 1934 foi a primeira a, expressamente, consagrar o respeito à coisa julgada, ao, no artigo 113, relativo aos direitos e garantias individuais, estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em 1939, o Código de Processo de Civil tratou expressamente da coisa julgada, de forma detida, inclusive referindo os seus limites. Previu, também, o cabimento da ação rescisória para desconstituir sentenças viciadas em hipóteses semelhantes às atuais.

O atual Código de Processo Civil pátrio, de 1973, avançou muito no tema, consoante explicitado a seguir, tratando não só dos limites da coisa julgada, mas da sua definição, efeitos e distinção (formal e material).

Da breve referência à evolução no Direito Português, nota-se que a preocupação com a segurança jurídica foi uma constante, desde o avanço legislativo das Ordenações Afonsinas até o atual Código de Processo Civil português. Por outro lado,

¹²⁹ *Tratado da Ação Rescisória*. p. 124.

também parece sempre ter havido uma preocupação com a forma de sanar os vícios das sentenças, ainda que transitadas em julgado.

A legislação brasileira, no nosso entender, é, hoje, mais avançada do que a portuguesa no trato da coisa julgada, observando-se, também, ao longo de sua evolução, sempre uma preocupação constante em não deixar com que vícios graves prosperassem e fossem sanados após o trânsito em julgado das sentenças. No ponto, inclusive, é clara a intenção de resolver futuros problemas potenciais através da recorribilidade (principalmente a extraordinária, por ofensa de lei), que subsiste, com função própria, ao lado da via autônoma da ação rescisória.

Assim, pode-se falar que, ao lado da preocupação em evitar que as nulidades prosperem e se eternizem (criando mecanismos de solução, como a ação rescisória), o legislador tem em mente que é preciso, em determinado momento (e aí a importância da fixação de prazo para a própria ação rescisória), pôr um fim na possibilidade de rediscussão das questões levadas a juízo, privilegiando a formação e a autoridade da coisa julgada, em nome da segurança jurídica que, repita-se, é fundamental para que se atinja a estabilidade das relações sociais.

2.4. A coisa julgada formal

No Direito Brasileiro, a Lei de Introdução Código Civil, no artigo 6, define a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso”, o que não diz nada além de definir o momento em que se forma a coisa julgada.

O Código de Processo Civil, no artigo 467, definiu apenas a coisa julgada material, consoante a seguir melhor exposto, como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Todas as sentenças que extingam o processo, ainda que sem julgamento de mérito, formam a coisa julgada, produzida independentemente da natureza da sentença, a partir do momento em que não haja mais recursos.

¹³⁰ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*. pp. 57-58.

A coisa julgada formal é a imutabilidade que acoberta as decisões. Com o trânsito em julgado da sentença, seja pelo decurso do prazo recursal, seja pela inexistência ou exaustão dos recursos cabíveis, forma-se a coisa julgada formal, que torna a sentença imutável no processo em que foi proferida.

Não definida na legislação pátria, a coisa julgada formal é uma espécie de estabilidade relativa que a sentença ganha, para garantir que a discussão não poderá ressurgir no mesmo processo. As sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, do Código de Processo Civil, fazem apenas coisa julgada formal, enquanto que as que extinguem com julgamento de mérito, fazem também coisa julgada material. Ovídio Baptista da Silva bem anota que:

“Pode haver um certo grau de estabilidade de que as partes podem desfrutar, quando, num dado processo, se tenham esgotado todos os recursos admissíveis, por meio dos quais se poderia impugnar a sentença *nele proferida*, sem contudo evitarem-se impugnações e controvérsias subseqüentes, *quando postas como objeto de processos diferentes*. A esta estabilidade relativa, através da qual, uma vez proferida a sentença e exauridos os possíveis recursos contra ela admissíveis, não mais se poderá modificá-la *na mesma relação processual*, dá-se o nome de *coisa julgada formal*, por muitos definida como preclusão máxima, à medida que encerra o respectivo processo e as possibilidades que as partes teriam, a partir daí, de reabri-lo para novas discussões, ou para os pedidos de modificação daquilo que fora decidido.”¹³¹

No mesmo sentido, Couture bem destaca que a coisa julgada formal dá às decisões judiciais “uma eficácia meramente transitória”¹³², pois são obrigatórias apenas no processo em que foram proferidas e ao estado de coisas que se teve em consideração no momento de decidir, não obstante a que, em processo posterior, mudado o estado, a coisa julgada não possa ser modificada.

É muito corriqueira a confusão entre a coisa julgada formal e a preclusão, pois em ambos os casos não se pode fazer mais nada contra a decisão.

Parece-nos, todavia, possível a distinção. Preclusão é a perda da faculdade de praticar um ato, enquanto que a coisa julgada é uma qualidade que a

¹³¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v. I. pp. 484-485.

decisão ganha — imutabilidade dentro do processo. Os institutos estão ligados, pois após a ocorrência da preclusão — antecedente — pode-se formar a coisa julgada — conseqüente, mas são distintos.

2.5. A coisa julgada material

A sentença de mérito transitada em julgado tem o seu conteúdo tornado imutável. Ela faz a coisa julgada material que é uma qualidade que a sentença ganha após o trânsito em julgado. Quem melhor estudou o tema, deixando clara a distinção entre a coisa julgada e os efeitos da sentença foi Enrico Tullio Liebman¹³³.

Após apontar que, tradicionalmente, a doutrina confunde a coisa julgada com os efeitos da sentença, Liebman destaca que constitui erro de lógica definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença e, por conseqüência, identificá-la com a eficácia declaratória da sentença por, principalmente, a lei já conferir efeitos à sentença antes do trânsito em julgado.

Em síntese, anota Liebman que “a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas sim modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado”.¹³⁴

Ao contrário de ser um efeito da sentença, a coisa julgada, a partir de Liebman, em que é acatado por quase unanimidade da doutrina brasileira, é uma qualidade, um elemento novo, o *plus* que qualifica todos os efeitos da sentença.

A coisa julgada, portanto, não se confunde com o trânsito em julgado, que é o momento da passagem da sentença da situação de mutável para a de imutabilidade, quando não há mais possibilidade de a sentença vir a ser alterada.

Não obstante acolhida pela doutrina nacional, há algumas observações que merecem ser feitas, considerando principalmente críticas feitas por José Carlos Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva.

¹³² *Op. cit.* p. 344.

¹³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada*.

O primeiro defende que a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do conteúdo do comando da sentença, pois (i) os efeitos da sentença podem vir a ser modificados ou extintos, e (ii) se o objeto for Direito disponível, as partes podem ajustar, após o trânsito em julgado da sentença, solução distinta.

O segundo concorda com Liebman e com José Carlos Barbosa Moreira, com a ressalva de que a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai (não sobre o conteúdo do comando jurisdicional), mas apenas sobre a declaração contida na sentença. Nas suas palavras:

“Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos.”¹³⁵

Isso porque, segundo Ovídio, os demais efeitos, como o condenatório, podem extinguir-se ao longo do tempo, mas o efeito declaratório permaneceria incólume. Por exemplo, uma dívida reconhecida em juízo pode vir a ser perdoada ou paga, mas os efeitos declaratórios (de que alguém foi reconhecido como devedor de outrem) permanecem íntegros.

Parece-nos, todavia, que as posições de Ovídio e Barbosa Moreira não se excluem. Este entende, em síntese, que a imutabilidade se limita ao conteúdo, não aos

¹³⁴ *Id.* p. 36.

¹³⁵ *Op. cit.* p. 496.

efeitos (que seriam plenamente mutáveis). Já Ovídio liga a imutabilidade aos efeitos, que podem se alterar, exceto a eficácia (aptidão para produzir efeitos) declaratória.

Eduardo Talamini bem condensa os entendimentos e explica a oposição de José Carlos Barbosa Moreira de quando as partes podem dar outra solução ao litígio que já foi resolvido e fez coisa julgada: quando a norma abstrata aplicada pelo julgador não for cogente:

“Note-se que a possibilidade de as partes darem outra solução para a questão (inclusive, tendo por existente o que se reputou inexistente) não é afetada nem mesmo pela idéia de que a coisa julgada ‘imuniza’, estabiliza, a *norma concreta* para a situação objeto do processo. Se a norma em abstrato não era ‘cogente’ (i.e., não estabelecia posições jurídicas indisponíveis), a *norma concreta* da mesma natureza se reveste. A ‘maior intensidade’ de que *norma em concreto* se reveste, se comparada com a norma em abstrato, está retratada na sua intangibilidade em face da lei, de novos pronunciamentos jurisdicionais e, conseqüentemente, da insubordinação do vencido. Todavia, o conteúdo disponível da relação não se altera. Sustentar o contrário implicaria atribuir caráter material à coisa julgada e função criadora de direito à sentença. Já quando a norma abstrata era ‘cogente’ (no sentido acima indicado), assim como a parte titular da posição jurídica ativa já não podia dispor dessa posição antes, não poderá igualmente fazê-lo depois. Nesse sentido, haverá de se submeter cogentemente também à sentença que *declara* a norma *in concreto* (i.e., ‘atua a vontade concreta da norma’). A ‘indisponibilidade’ não está na coisa julgada, mas na norma atuada.”¹³⁶

E, de fato, faz sentido a colocação do ilustre autor, considerando que a sentença nada mais faz do que criar a norma concreta a partir da norma abstrata. Assim, a característica da disponibilidade está na natureza da norma posta pelo legislador, que transmite esse seu conteúdo material à norma concreta. E o próprio artigo 850, do Código Civil vigente, reconhece que a transação pode ser nula “apenas se algum dos transatores não tinha ciência da anterior coisa julgada”.

¹³⁶ *Op. cit.* pp. 41-42.

Claro, portanto, que a coisa julgada diz respeito ao Direito Processual, à imutabilidade de comando sentencial. Do ponto de vista do direito material, as partes podem transacionar, renunciar, reconhecer, etc., sem que isso interfira na coisa julgada. No máximo, a decisão transitada em julgado não produzirá efeitos concretos. O que se opera, com a coisa julgada, é que, em juízo, não se pode mais discutir a mesma questão já apreciada.

Mas o certo é que, amigo de definições, o legislador de 1973, definiu a coisa julgada material no artigo 467, segundo o qual “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Claramente inspirada em Liebman¹³⁷, à definição podem-se apontar algumas falhas, como (i) a falta de distinção entre a coisa julgada material e formal, (ii) quais espécies de sentenças ganhariam o selo da imutabilidade e indiscutibilidade, (iii) o que determina que a sentença vai se tornar imutável e indiscutível é o trânsito em julgado, mais do que a coisa julgada material, que, na verdade, passa a existir a partir daí, e (iv) pode parecer que há uma vinculação entre a coisa julgada e a eficácia da sentença, que são coisas distintas (o que ocorre é que, no mesmo instante, surge a coisa julgada e a sentença começa a produzir efeitos).

Antônio Carlos de Araújo Cintra atribui função dúplice à coisa julgada: (i) define, de forma vinculativa, a situação jurídica das partes e (ii) impede que se volte a discutir em processo ulterior a lide que já foi objeto de julgamento.

E a importância da coisa julgada é tamanha que o legislador, nos artigos 267, § 3¹³⁸, e 301, § 4¹³⁹, do Código de Processo Civil, autoriza o julgador a reconhecer

¹³⁷ Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. p. 309), o artigo 507 do Anteprojeto do Código de Processo Civil era mais próximo da definição de Liebman do que o atual 467, embora não idêntico, pois Liebman via a autoridade da coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos. O artigo 507 era do seguinte teor: “chama-se coisa julgada material a qualidade que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

¹³⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) V — quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada. §. 3. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que não a alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas e de retardamento.

¹³⁹ Art. 301. §. 4. Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

de ofício¹⁴⁰ sua ocorrência, caso haja a tentativa de novo ajuizamento de ação anteriormente julgada, sobre a qual já tenha se operado a coisa julgada material.

Há, também, uma relação entre eficácia (aptidão para produzir efeitos) e a coisa julgada, que, entretanto, não se confundem. Isso porque, no Código de Processo Civil, a sentença só começa a produzir efeitos quando se torna imutável. Há, é claro, exceções, como as antecipações de tutela, cada vez mais comuns, deferidas, em geral, com base no artigo 273, do CPC. Mais correto afirmar, assim, que os efeitos plenos e definitivos das sentenças são produzidos a partir da formação da coisa julgada.

A nova situação jurídica, da coisa julgada, que se verifica a partir do trânsito em julgado, dá à sentença uma autoridade que se corporifica na resistência a sucessivas tentativas de modificação de seu conteúdo. Ela existe para dar estabilidade à tutela do Estado, em razão da necessária segurança jurídica — valor fundamental do sistema.

E a coisa julgada material só pode ser rediscutida se verificado algum vício, em ação própria, que é a rescisória, a seguir referida.

2.6. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

A coisa julgada tem limites objetivos e subjetivos.

Lembre-se que a coisa julgada material resulta da sentença que decidiu

ganhar o local de objeto principal (se a parte o requerer, o juiz for competente e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide).

Embora, segundo as críticas de José Carlos Barbosa Moreira, seja a redação redundante, pois os “três componentes, a rigor subsumem-se num único: a motivação ou fundamentação”¹⁴¹, fica claro que o que recebe o selo da imutabilidade, típico da coisa julgada, é apenas o dispositivo ou a conclusão da sentença, que se deve formar dentro dos limites do pedido. Assim, se algo não se inclui no dispositivo, não está acobertado pela proteção da coisa julgada e é possível, a qualquer tempo, em outro processo, que seja rediscutido.

E o artigo 468, do Diploma Processual, arremata afirmando que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Apesar de esse dispositivo haver utilizado a palavra lide, de inspiração *carneluttiana*, ele é útil, segundo José Carlos Barbosa Moreira, pois é ele “que, com a palavra ‘lide’ empregada no sentido de ‘mérito’, esclarece algo daquilo que o art. 467 deixou na sombra.”¹⁴²

Mas há casos em que o ordenamento jurídico autoriza ao juiz deferir algo que não foi objeto do pedido, não estando a coisa julgada restrita a ele. Por exemplo, as ações dúplices, nas quais o autor e o réu assumem, concomitantemente, as duas posições, e a improcedência implica a conclusão lógica de que o titular do Direito pleiteado pelo autor é, na realidade, o réu.

Também, nos casos de medidas concedidas com base no poder geral de cautela. Não sendo o caso de se conceder uma espécie determinada de medida cautelar, pode o juiz aplicar o princípio da fungibilidade das medidas e adaptar o pedido do autor (§ 7 do artigo 273, do CPC).

E, ainda, quando se tratar de questão prejudicial objeto de ação declaratória incidental, consoante dispõe o artigo 468, do CPC. Se o réu, ao contestar, refere ou impugna Direito outro, que não o contido no objeto do processo, de relação jurídica outra que não aquela representativa da causa de pedir do processo, mas da qual dependa o desfecho do processo, o juiz deve intimar o autor que poderá requerer que o juiz profira uma sentença incidental (por meio da ação declaratória incidental).

¹⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito Aplicado II — Pareceres*. p. 447.

¹⁴² *Id.* p. 445.

Essa é a dicção do artigo 325 do CPC, na linha do artigo 5, especificando que, quando algum Direito guarda relação de prejudicialidade com o objeto do processo, pode ser apreciado e julgado incidentalmente. Assim, o artigo 468 acoberta com o manto da coisa julgada a questão prejudicial que constitua pressuposto necessário para o julgamento da lide, se requerida pela parte e apreciada pelo juiz competente.

Mas as maiores polêmicas não estão aí, surgindo quando se discute a eficácia preclusiva da coisa julgada¹⁴³ — é possível, em outro feito, contestar o resultado do processo no qual se formou a coisa julgada se algum ponto relevante, por exemplo, ficou de fora do primeiro debate? Barbosa Moreira lucidamente destaca, com o que concordamos:

“Sucedem que admitir semelhante possibilidade seria pôr fim em xeque a estabilidade da prestação jurisdicional dispensada. Lucraria talvez, aqui e ali, a justiça, mas com pesado detrimento para outro interesse fundamental a que deve servir o processo: a segurança. Afinal, é sempre concebível que alguém se lembre, findo o processo, de agitar questão de que nele não se cogitara. A certeza jurídica ficaria a pender de tênue fio, até a consumação dos séculos, se, apenas por essa razão se autorizasse a indefinida reiteração do pleito. Diante de dois males potenciais, os ordenamentos jurídicos têm de optar pelo menos grave. A alternativa é a seguinte: ou se abre ensejo à repetição, desde que alegada questão nova, ou se estabelece que, após a formação da coisa julgada, e enquanto esta subsistir, qualquer questão perde relevância, torna-se inútil suscitá-la para tentar reverter o desfecho. Em outras palavras: ou se nega ou se reconhece à *res judicata* eficácia preclusiva em relação às questões não examinadas no processo.”¹⁴⁴

O Código de Processo Civil brasileiro responde à pergunta no artigo 474, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” Apesar do equívoco de redação, entendem-se deduzidas também as questões suscetíveis de conhecimento de ofício. Se a nova lide for distinta,

¹⁴³ Barbosa Moreira afirma taxativamente serem fenômenos distintos: o da eficácia preclusiva e o da limitação objetiva da coisa julgada. *Direito Aplicado II — Pareceres*, p. 454.

¹⁴⁴ *Idem* pp. 452-453.

por outro lado, não incidiria o óbice desse artigo. Antônio Carlos de Araújo Cintra bem anota:

“Assim, não se pode falar em eficácia preclusiva da coisa julgada nas situações em que a autoridade desta não for colocada em risco, inclusive aquelas relativas a fatos supervenientes. Portanto, em outros processos, relativos a outras lides, estão sujeitas a livre discussão, sem restrições, embora examinadas e decididas pelo juiz anterior, para formular suas conclusões, as alegações e defesas opostas ou que poderiam ter sido no processo em que se formou a coisa julgada.”¹⁴⁵

Não se trata de reconhecer nenhum tipo de julgamento implícito de alegações que poderiam, mas não foram deduzidas, mas de resguardar a coisa julgada entre as partes dentro dos limites estabelecidos. Ou seja, a intenção é a de evitar que uma das partes tente obter outro pronunciamento judicial sobre o mesmo pedido e a mesma causa de pedir contra o mesmo adversário utilizando-se de novo argumento que já poderia ter sido articulado na primeira demanda.

Se a parte não se valeu das alegações e defesas na oportunidade própria, o que era ônus seu, não pode colocar em risco a situação de segurança jurídica estabelecida com a formação da coisa julgada e reabrir a discussão. Ao não agir em tempo, sofre os efeitos da preclusão. Nada mais lógico. Segundo Talamini, “não faria sentido consagrar a coisa julgada e, ao mesmo tempo, abrir o flanco a ataques fundados em questões vencidas”.¹⁴⁶

Para ver, portanto, se a coisa julgada foi formada e se outra ação pode ser proposta sem ofendê-la, cumpre analisar o tradicional critério da tríplice identidade: pedido, causa de pedir e partes (artigo 301, pars. 2 e 3, do CPC). Em tese, se um deles é alterado, ter-se-á outra causa, distinta e possível de ser apreciada pelo Poder Judiciário.

No que toca ao pedido (mediato e imediato, consoante distinção tradicional)¹⁴⁷, deve-se ter atenção apenas para checar (i) se o novo pedido não está

¹⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. pp. 322-323.

¹⁴⁶ *Op. cit.* p. 86.

¹⁴⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.* pp. 70 e segs.

contido no anterior (pede-se X reais em uma primeira ação e X/2 reais na segunda ação), (ii) se o novo pedido não é objetivamente incompatível com o resultado obtido na primeira ação (um condenado ajuíza ação pedindo declaração de inexistência de crédito), e (iii) se o novo pedido não está prejudicado pela decisão anterior (x foi declarado não filho de y e entra com ação de alimentos).

Quanto à causa de pedir, que é, segundo o nosso ordenamento (que adota a teoria da substanciação), a soma dos fatos (remota) e fundamentos jurídicos do pedido (próxima), merece ser feita a seguinte observação. Quando há uma pluralidade de fundamentos fático-jurídicos constitutivos de diferentes causas de pedir para um mesmo pedido, ocorre o chamado concurso de ações. Se o autor obtiver êxito ao invocar em uma ação um desses fundamentos, forma-se a coisa julgada que impede o exercício de outra pretensão baseada nos outros fundamentos (por exemplo, um pedido de indenização baseado em vários fundamentos fáticos).

Eduardo Talamini, em razão da problemática e das exceções que surgem da consideração isolada do pedido e da causa de pedir, como elementos fundamentais para traçar os limites objetivos da coisa julgada, prefere adotar a categoria do “objeto do processo”, que seria constituído pela pretensão processual, identificada pela “consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providência processual concreta) com a *situação carente de tutela* (a ‘situação trazida de fora do processo’)”¹⁴⁸.

Ainda quanto aos limites objetivos, válido referir que o artigo 471, I, do CPC, expressamente exclui do manto da coisa julgada formada a partir de uma decisão, questões fruto de relação jurídica continuativa, se sobreveio modificação no estado de fato ou de Direito.

Em vista da natureza dinâmica da relação continuativa, que se prolonga no tempo, podem surgir novas causas de pedir no seu próprio curso. Na verdade, no nosso entender, o artigo 471 nem precisaria fazer essa exceção, pois há, na verdade, uma nova pretensão que não ficará coberta pela coisa julgada já formada (por exemplo, em ações relativas a contratos vigentes e em relações tributárias relativas a determinado exercício — relações sucessivas, nos termos da Súmula 239/STF).

¹⁴⁸ *Id.* p. 79.

Por fim, válido destacar instituto de vanguarda que guarda estreita relação com a coisa julgada, previsto no nosso ordenamento, e que atinge os efeitos das decisões judiciais — o chamado efeito de intervenção, previsto no artigo 55, do CPC. Transitada em julgado a decisão em processo em que assistente participou, ele não pode discutir a justiça da decisão em processo posterior, exceto se provar que pelo estado que recebeu o processo (ou pelas declarações e atos do assistido) fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença, ou se desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu (incisos I e II, do artigo 55). Segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“A norma regula os efeitos da sentença com relação ao assistente simples (...). A coisa julgada somente atinge as partes entre as quais foi dada a sentença, não prejudicando nem beneficiando terceiros (CPC 472). Nem poderia atingir o assistente simples, porque a lide decidida em juízo não lhe pertence. Contudo, como participou do processo, fica vinculado aos efeitos da imutabilidade da justiça da decisão.”¹⁴⁹

O efeito da intervenção significa que o assistente é atingido pelos fatos e fundamentos jurídicos da decisão (justiça) com base nos quais o juiz tenha decidido a demanda contra o assistido. Esse efeito é fenômeno peculiar e distinto da coisa julgada, isso porque não é a decisão (parte conclusiva) que vincula o assistente, mas os fundamentos de fato e Direito que embasaram a decisão anterior. Observa-se que esse efeito é, ao mesmo tempo, mais amplo e mais ameno que a coisa julgada. Mais amplo porque não se limita à parte dispositiva e mais ameno porque autoriza em duas hipóteses, a revisão do julgado, ou melhor, da justiça da decisão.

A vanguarda do dispositivo está na extensão dada ao respeito à segurança jurídica. Isso porque, embora não sirva para, diretamente, resguardar a coisa julgada, o efeito da intervenção estampa também o valor segurança na medida em que protege os fatos e fundamentos jurídicos da decisão (que, por regra, não poderão ser rediscutidos pelo assistente). Ou seja, a “justiça” da decisão torna-se imutável e atinge aquele que não foi parte no processo.

¹⁴⁹ NERY, JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. p. 55.

Além dos limites objetivos, há os subjetivos da coisa julgada, devendo ser determinados os sujeitos de Direito que são prejudicados ou beneficiados pela sua formação, ou seja, cabe responder à pergunta: a quem atinge a imutabilidade?

Por regra, a coisa julgada atinge apenas as partes, quem figurou num ou noutro pólo da ação, consoante o disposto na primeira parte do artigo 472, do CPC¹⁵⁰. Mas terceiros podem ser atingidos, ainda que por via reflexa.

Vale, aqui, para dirimir as dúvidas que pairam sobre a matéria, referir a distinção de Liebman entre a autoridade da coisa julgada e seus efeitos. Após fazer a distinção, nas suas palavras:

“O processo não é, pois, negócio combinado em família e produtor de efeitos somente para as pessoas iniciadas nos mistérios de cada feito, atividade processual singular, mas atividade pública exercida para garantir a observância da lei; e já que a esta estão todos sujeitos indistintamente, devem todos, por igual, sujeitar-se ao ato que é pelo ordenamento jurídico destinado a valer como sua aplicação imparcial. E esse ato não é dirigido a uma pessoa antes que a outra, mas incide objetivamente sobre a relação que foi objeto de decisão. Se a vontade, que se faz atuar, tem conteúdo imperativo, é em suma um *comando* que se dirige a determinados sujeitos, prescrevendo-lhes dado comportamento, a atuação dessa vontade, justificada pela existência das condições legalmente requeridas, impõe-se à generalidade das pessoas sujeitas ao poder do órgão judicante como válido exercício da sua função. Por isso, enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes, titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, partes ou terceiros, a mesma: a medida da sujeição determina-se, ao revés, pela relação de cada um com o

¹⁵⁰ “Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.”

objeto da decisão. Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: *que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece.*¹⁵¹

A autoridade da coisa julgada, portanto, e a nossa legislação é clara nesse sentido, atinge apenas quem foi parte no processo, e não pode mais rediscutir a questão. Por outro lado, os efeitos da sentença podem atingir terceiros, sem impedir, todavia, que haja a rediscussão da matéria objeto de pronunciamento judicial. Isso, em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Elucidativa a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA.

“PROCESSO CIVIL. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. PROTEÇÃO DO TERCEIRO QUE NÃO INTEGROU A RELAÇÃO PROCESSUAL. POSSUIDOR DESALOJADO EM DECORRÊNCIA DE ORDEM DE DESPEJO PROFERIDA EM AÇÃO DA QUAL NÃO PARTICIPARA. VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INÉPCIA DA INICIAL. CONVERSÃO PARA IMPROCEDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. CPC, ARTS, 295, 472 E 515. RECURSO PROVIDO.

1 - A sistemática do Código de Processo Civil brasileiro não se compadece com a extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as conseqüências prejudiciais da sentença, consoante princípio com teto no art. 472 da lei processual civil.

II - Não tendo o possuidor, por qualquer forma, integrado a relação processual, de onde emanou a sentença cuja execução importou em ordem de despejo, contra ele expedida, pode valer-se da ação possessória, uma vez violado o direito de não ser o possuidor prejudicado por sentença dada entre vendedor e compradora, e de não ser desalojado, sem as garantias do *due process of law*, da posse que vinha exercendo.

Til — Tendo a sentença indeferido a petição inicial, por inépcia, antes da citação, por impossibilidade jurídica do pedido, vedado era ao Tribunal

¹⁵¹ *Op. cit.* pp. 107-108.

interpretar os fundamentos da sentença como improcedência do pedido, suprimindo um grau de jurisdição e pronunciando-se sobre o *meritum causae*.” (STJ — RESP 161054/MG. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. DJ de 08/05/2000).

Se, nas causas envolvendo o estado da pessoa, havendo litisconsórcio necessário, consoante a própria dicção do artigo 472, houver a citação de “terceiros”, logicamente a coisa julgada os atinge, até porque, citados, participaram ou poderiam ter participado da relação processual, não sendo simplesmente “terceiros”, mas verdadeiras partes.

Mas cumpre indagar se há exceções, e a resposta é afirmativa, pois em determinadas situações atípicas, terceiros não só são atingidos pelos efeitos da coisa julgada, mas, também, pela sua autoridade. Basta notar, por exemplo, os casos de legitimação extraordinária (artigo 6º, do CPC). O substituído¹⁵² fica, por regra, vinculado à decisão judicial¹⁵³.

Por essa razão, em especial, é que o artigo 487, do CPC, legitima os terceiros juridicamente interessados a ajuizarem ação rescisória.

Mas também os terceiros não atingidos pela autoridade da coisa julgada podem utilizar-se da ação rescisória, pois podem não deter legitimidade para diretamente discutir em juízo, em nome próprio, o mesmo objeto processual já decidido. Eduardo Talamini lembra a hipótese da sublocação, que será atingida pela sentença que extinga a locação (Lei 8245/91, artigo 15º), “sem que o sublocatário detenha legitimidade para autonomamente propor ação em face do locador defendendo a subsistência deste contrato”¹⁵⁴.

¹⁵² Por exemplo, nos termos do artigo 42 (substituição do adquirente ou cessionário pelo cedente ou alienante), do CPC, do artigo 3º, da Lei nº 1533/51, e do artigo 8, III, da Constituição Federal.

¹⁵³ Por não ser objeto do presente estudo, não adentrar-se-á o debate atual, regulado principalmente na Lei nº 7347/85 e no CDC, quanto à extensão subjetiva da coisa julgada nas hipóteses de legitimação extraordinária para processos coletivos.

¹⁵⁴ *Op. cit.* p. 122.

2.7. A desconstituição da coisa julgada — ação rescisória

A coisa julgada, e aí a sua importância, traz estabilidade às relações jurídicas. Como visto, o recrudescimento das decisões é que pacifica, estando elas certas ou não.

Mas é possível, na estreita via da ação rescisória, desconstituir a coisa julgada, torná-la sem efeito, anular a decisão viciada e até proferir outra em seu lugar.

É certo que pode parecer contra o valor segurança jurídica a desconstituição da coisa julgada, que nasce em nome da estabilidade. Mas é que há determinados vícios de tamanha gravidade que se deve abrir exceção à imutabilidade da sentença afetada, pelo bem do próprio ordenamento jurídico e da credibilidade jurisdição estatal. Até pela excepcionalidade do corte rescisório, as hipóteses são expressa e taxativamente previstas em lei.

A decisão, até ser desconstituída pela ação rescisória, existe, e é válida, produzindo efeitos. A presunção é sempre de validade, até que haja pronunciamento judicial em sentido contrário, desconstituindo ou decretando a nulidade do ato viciado.

Lembre-se que uma decisão judicial deve trazer segurança às partes envolvidas no conflito e à sociedade. Havendo sempre a possibilidade de alteração do decidido, inexistente segurança jurídica, obtida com o recrudescimento, ou imutabilidade da sentença, que é essencial à paz social, escopo do processo. A segurança é exigência das relações jurídicas. Tito Prates da Fonseca bem destaca que:

“Na concepção publicística do processo, como instituto público destinado à edição de preceito judicial para casos individuados, a *pronuntiatio judicis*, a sentença, que julga procedente ou improcedente a ação, que acolhe ou rejeita a pretensão produz *coisa julgada*, pela exigência social de segurança das relações de direito.

Por isso a injustiça da sentença envolve-se no caso julgado, isto é, não mais se examina quando a decisão tiver passado em julgado, transposto o prazo para a interposição de recurso.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ FONSECA, Tito Prates da. *As Nulidades em Face do Código de Processo Civil*. p. 347.

Jorge Americano¹⁵⁶ ensina que a sentença deve ser acatada porque revela a expressão do direito aplicado ao fato e, como tal, restaura o equilíbrio social. O Código de Processo Civil de 1939 previa, no artigo 800, que a “injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória”.

A sentença, ainda que injusta, até porque o conceito de justiça não é absoluto, deve prevalecer.

Como se explicaria, então, a ação rescisória, que ataca a sentença que transitou em julgado, definitiva?

A justificativa, segundo Luís Eulálio de Bueno Vidigal, que acompanha a posição de Pontes de Miranda, está no fato de que “o Estado considera alguns casos de nulidade ou de injustiça como perigosos para a paz pública, para a respeitabilidade e realização do direito objetivo.”¹⁵⁷

E é o que excepcionalmente deve ocorrer. É como se a coisa julgada não devesse ter sido formada. Tito Prates da Fonseca fala que, nesse caso, “impõe-se a remoção da sombra de existência que aparenta”¹⁵⁸. É como se tentasse conciliar, na medida do possível, a exigência de certeza com a de justiça.

Cumprir destacar que rescindibilidade e nulidade não se confundem. O tratamento como sinônimos decorre, a nosso ver, da linguagem utilizada pelo legislador do Código de 1939, que, no seu artigo 798, estabelecia ser “nula a sentença”.

E muitos autores de monografias e trabalhos elaborados à luz do Diploma Processual de 1939 defendem que pela ação rescisória se pede a decretação da nulidade ou ilegalidade de uma sentença¹⁵⁹.

O atual Código de Processo Civil é mais técnico e fala em sentenças rescindíveis.

¹⁵⁶ AMERICANO, Jorge. *Da Ação Rescisória*. p. 4.

¹⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VI. p. 6.

¹⁵⁸ *Op. cit.* p. 348.

¹⁵⁹ Tito Prates da Fonseca (*Op. cit.* p. 348). No mesmo sentido, Luís Eulálio de Bueno Vidigal (*Da Ação Rescisória dos Julgados*. p. 16), Jorge Americano (*Op. cit.* p. 4) e Carvalho Mendonça (Cf. Tito Prates da Fonseca. *Op. cit.* p. 348). Luís Eulálio de Bueno Vidigal, inclusive, justifica que na sua monografia sobre ação rescisória mencionou sentença nula em atenção à técnica da legislação vigente, ao invés de sentença rescindível (*Comentários*. p. 12).

Uma decisão existente pode estar eivada de vício decorrente de infringência de norma protetiva do interesse público, inconvalidável. Essa decisão pode ser objeto de recurso, pelo qual se postule a decretação da *nulidade* (nulidade absoluta).

Pode, também, ser atacada por via autônoma, fora da relação processual na qual foi proferida. Nesse caso, rescinde-se a decisão viciada. José Carlos Barbosa Moreira fala que, aí, “a nulidade converte-se em simples rescindibilidade.”¹⁶⁰

As decisões eivadas de nulidade absoluta podem ser recorridas e rescindidas, ao passo que, na hipótese de nulidade relativa, convalidável, não se abre o caminho rescisório. Resta claro, portanto, que rescindibilidade é diferente de nulidade. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, rebatendo crítica de Pontes de Miranda, explica que:

“(...). Se é certo que não se podem confundir *nulidade*, que supõe invalidade e, de regra *ineficácia* e *rescisão*, não é menos certo que não se pode substituir uma pela outra. São conceitos de natureza diferente. Se na elaboração da sentença ocorrem certos vícios *in procedendo* a lei pode declará-la nula. Se o trabalho mental do juiz é viciado, isto é, se comete erros *in judicando*, a lei pode permitir a modificação da sentença, por ser injusta. A rescindibilidade é a possibilidade de ser rescindida uma sentença por ser nula ou injusta.”¹⁶¹

Pela ação rescisória pode-se vir a constatar que a decisão deveria ter sido declarada nula, por isso, ela deve ser rescindida. Mas uma nulidade não declarada não é o único fundamento da rescisão, da desconstituição da sentença — há uma hipótese, que é a de cabimento da ação rescisória em razão de documento novo, na qual não há nenhuma incorreção que deva ser corrigida. Mas, por regra, e uma simples leitura do permissivo do artigo 485, do Código de Processo Civil, demonstra isso, as hipóteses são

modificação ou extinção de relação de Direito por sentença implica declaração da existência desse Direito à ação constitutiva”¹⁶².

Só se utiliza a ação rescisória contra sentenças de mérito, e as hipóteses de cabimento são taxativas, segundo o artigo 485, do Código de Processo Civil¹⁶³.

Já a chamada ação declaratória de inexistência, algumas vezes confundida com a rescisória, originada da antiga *querela nullitatis*, serve para declarar que inexistiu uma relação jurídica ou até uma sentença.

Muito se discutiu sobre a sobrevivência da *querela nullitatis*. Ovídio Baptista da Silva, após síntese histórica, bem conclui em sentido afirmativo:

“Torna-se, portanto, evidente que a *querela nullitatis*, como de resto outros tantos institutos do direito medieval, como as ações cautelares, ressurgem no direito contemporâneo, a demonstrar que as pretensiosas ambições do iluminismo racionalista dos séculos anteriores, em suas tentativas de reduzir o direito à pura lei escrita, como se o legislador do processo fosse onipotente, encontram afinal seu ocaso, ao encerrar-se o século XX.”¹⁶⁴

Na doutrina e na jurisprudência fala-se muito em ação declaratória de nulidade, porque se traduz *nullitatis* como nulidade, mas a ação não é declaratória de uma nulidade; deve-se entender a ação como declaratória de inexistência.

Ela pressupõe, portanto, a inexistência da relação ou da sentença. Se falta, v.g., um pressuposto de existência, como o juiz investido na função jurisdicional, ou a citação (aí a inexistência é com relação ao réu), é possível utilizar dessa via. Teresa Arruda Alvim Wambier bem ressalta a diferença:

“Para nós, o ponto distintivo principal entre a antiga *querella* ou *actio nullitatis* e a ação rescisória é que aquela visa a impugnar sentença inexistente — é, portanto, *ação declaratória de inexistência jurídica e não de nulidade*. A ação rescisória, a seu turno, objetiva atingir, por meio da *desconstituição da coisa julgada*, a nulidade da sentença. Essa distinção se nos

¹⁶² MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. p. 66.

¹⁶³ Válido lembrar que o artigo 59, da Lei nº 9099/95 expressamente veda o cabimento de ação rescisória contra sentenças dos Juizados Especiais Cíveis.

¹⁶⁴ *Revista Forense*. v. 333.

afigura imensamente relevante, já que se trata de duas categorias distintas, de dois grupos de diferentes sentenças que padecem de ‘vícios’ bem *diferentes* (é que a inexistência jurídica pode ser vista como vício, em sentido lato) e é a própria doutrina tradicional que nos sugere essa terminologia (...).”¹⁶⁵

Só se rescinde o que existe, tanto que se pressupõe uma sentença de mérito (existente), e declara-se, pela ação declaratória de inexistência, que algo inexistiu. Apesar, todavia, de a rescisória pressupor a existência de decisão de mérito, pode-se rescindir vício atinente não ao mérito (por exemplo, alguma nulidade por falta de condição da ação, etc.).

As decisões de mérito e, portanto, rescindíveis são as elencadas no artigo 269, do Código de Processo Civil, que equipara ao mérito próprio (inciso I) outras hipóteses.

Esses, os dois pressupostos da rescisória: decisão de mérito e trânsito em julgado.

Se um acórdão substituir a sentença, ou se um acórdão de Tribunal Superior substituir algum de Tribunal de jurisdição ordinária, a regra é que o último seja atacado, pois a decisão superior substitui a inferior, nos termos do artigo 512, ainda que a confirme. O pedido da parte, na petição inicial da ação, deve ser expresse e dirigido contra a decisão correta.

Nas instâncias ordinárias, não há nenhuma dúvida — interposta a apelação, ainda que desprovida, desde que conhecida (requisitos extrínsecos — tempestividade, regularidade formal e pagamento de emolumentos)¹⁶⁶, o acórdão é que deve ser atacado pela via rescisória. Excepcionalmente, apenas, se a apelação não for conhecida (esbarrar em alguma falha de requisitos extrínsecos), a sentença é que será objeto da ação rescisória. Pontes de Miranda auxilia na explanação:

“Se o tribunal conheceu do recurso, tudo é diferente, porque, se tinha dado ou tinha negado provimento, fez *sua* a sentença.

¹⁶⁵ *Op. cit.* p. 355.

¹⁶⁶ Sobre conhecimento, provimento e requisitos recursais, cf. nosso *Recurso Extraordinário — Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*.

Assim, no julgamento da ação rescisória, o que se há de examinar é se o tribunal, para o qual se recorreu, conheceu ou não do recurso. Se conheceu, não é da sentença que se rescindiu, mas sim do acórdão, porque a coisa julgada formal é a dele, e não a da sentença, porque essa foi feita elemento contencioso do acórdão (= o tribunal a fez 'sua'), ou foi no todo ou em parte substituída pelo acórdão. Só há coisa julgada se não se conheceu da sentença do recurso.”¹⁶⁷

Por outro lado, nos Tribunais Superiores, a situação complica-se um pouco. Isso porque, além dos requisitos extrínsecos, comuns a todos os recursos, há os intrínsecos (específicos, entre os quais destaca-se o cabimento — previsão legal). Se o recurso não for conhecido por falta de requisito extrínseco (intempestividade, por exemplo), a decisão *ad quem* não substitui a *a qua*, que permanece sendo a rescindenda.

Se, porventura, o recurso não for conhecido por falta de um requisito intrínseco, deve-se analisar caso a caso. Na hipótese de divergência jurisprudencial (recurso especial — alínea *c* do artigo 105, III, da Constituição Federal), se o recurso não for conhecido, não há dúvida de que a decisão *ad quem* não substitui a inferior. Isso porque o Superior Tribunal de Justiça limitar-se-á a examinar a configuração da divergência — não a entendo configurada, não examinará o mérito recursal.

Da mesma forma nos casos em que o recurso extraordinário não for conhecido com base nas alíneas *b* (decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal), *c* (decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local contestada em face da Constituição Federal) e *d* (decisão recorrida julgar válida lei local contestada em face da lei federal), do artigo 102, III, da Constituição, e o recurso especial não for conhecido com base na alínea *b* (decisão recorrida julgar válido ato de governo local contestado em face da lei federal). Em nenhum desses casos, a decisão do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal substituirá à do Tribunal inferior.

Os maiores problemas residem nos recursos especial e extraordinário interpostos com base nas alíneas *a*, dos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição da República — contrariedade à lei federal ou à Constituição Federal. O recurso, nesse caso, como há uma confusão natural entre cabimento e mérito recursal em razão da

¹⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. pp. 356-357.

valoração distinta das alíneas *a* (se comparadas com as outras) já pressupõe para ser conhecido uma contrariedade, o que significa dizer que a decisão recorrida está, muito provavelmente, equivocada, devendo ser corrigida (com o provimento do recurso). Ainda que o recurso não seja conhecido, o Tribunal pode tratar do mérito recursal para confirmar a decisão *a qua*, afastando as violações alegadas, substituindo o acórdão recorrido, ao mantê-lo.

O que se pretende dizer, em outras palavras, é que, nos recursos especial e extraordinário interpostos com base nas alíneas *a*, dos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição, se houver o conhecimento e o provimento, dúvidas não restam quanto à substituição do acórdão superior pelo inferior. De outra banda, se o recurso não for conhecido (por inoportunidade), ainda assim o Tribunal Superior pode ter adentrado o mérito recursal e o da própria decisão recorrida, ainda que para mantê-la. Apenas a análise caso a caso poderá dizer se houve ou não a substituição, dependendo do grau de profundidade do exame pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁸. As decisões das Cortes Superiores são poucas e inespecíficas sobre o assunto. Merecem referência:

EMENTA.

“AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISOS V E IX. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO. EXTINÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 267, IV DO CPC.

¹⁶⁸ Extremamente precisa a redação da Súmula 192, do Tribunal Superior do Trabalho, sobre o tema, lembrando-se que o recurso de revista (previsto no artigo 896, da CLT) é, também, extraordinário, pela sua função:

“AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

I - Se não houver o conhecimento de recurso de revista ou de embargos, a competência para julgar ação que vise a rescindir a decisão de mérito é do Tribunal Regional do Trabalho, ressalvado o disposto no item II.

II - Acórdão rescindendo do Tribunal Superior do Trabalho que não conhece de recurso de embargos ou de revista, analisando arguição de violação de dispositivo de lei material ou decidindo em consonância com súmula de direito material ou com interativa, notória e atual jurisprudência de direito material da Seção de Dissídios Individuais (Súmula nº 333), examina o mérito da causa, cabendo ação rescisória da competência do Tribunal Superior do Trabalho.

III - Em face do disposto no art. 512 do CPC, é juridicamente impossível o pedido explícito de desconstituição de sentença quando substituída por acórdão Regional. (ex-OJ nº 48 - inserida em 20.09.00)

IV - É manifesta a impossibilidade jurídica do pedido de rescisão de julgado proferido em agravo de instrumento que, limitando-se a aferir o eventual desacerto do juízo negativo de admissibilidade do recurso de revista, não substitui o acórdão regional, na forma do art. 512 do CPC.

V - A decisão proferida pela SDI, em sede de agravo regimental, calcada na Súmula nº 333, substitui acórdão de Turma do TST, porque emite juízo de mérito, comportando, em tese, o corte rescisório.”

Incompetência do Superior Tribunal de Justiça, para julgamento de Ação Rescisória, quando o Recurso Especial não foi conhecido, não se tendo materializado, sob qualquer forma, a análise do mérito do nobre apelo.

Ausência de pressuposto de validade da relação processual, a saber, a absoluta incompetência do juízo.”

Julgo extinta a ação rescisória, sem julgamento do mérito.” (STJ — AR 2492/SP. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Terceira Seção. DJ de 21/06/2004)

EMENTA.

“AGRAVO REGIMENTAL — AÇÃO RESCISÓRIA — AGRAVO DE INSTRUMENTO — DECISÃO MONOCRÁTICA — INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL — AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE MÉRITO — AÇÃO RESCISÓRIA INADMISSÍVEL — AGRAVO DESPROVIDO.

1. As questões federais ventiladas na via especial, concernentes ao mérito da lide, não foram examinadas por esta Corte, visto que a r. decisão monocrática rescindenda limitou-se à denegação, por intempestividade, do Recurso Especial em autos de Agravo de Instrumento. Em casos tais, em que a decisão a ser desconstituída não aprecia o mérito da causa, não aludindo sequer à controvérsia objeto da lide, atendo-se tão-somente aos aspectos técnicos do recurso, perfilho-me à orientação doutrinária e jurisprudencial majoritárias de que inviável conhecer do pedido rescisório, ante a ausência de pressuposto genérico de admissibilidade da ação, categoricamente exigido em lei (art. 485, caput, c/c o art. 269 do CPC).

2. Agravo Regimental desprovido.” (STJ — AgRg na AR 3454/BA. Rel. Min. Jorge Scartezini. Segunda Seção. DJ de 02/05/2006).

Cabe lembrar, ainda, que, pelas mesmas razões acima, acórdãos em agravos de instrumento não podem ser objeto de ação rescisória, pois se limitam, apenas, a resolver incidentes processuais (mesmo os contra decisões denegatórias de recursos extraordinário e especial — que objetivam, apenas, o destrancamento do recurso principal).

O prazo é decadencial, de dois anos, nos termos do artigo 495, do Código de Processo Civil. Se bem que até pouco tempo, à luz do Código anterior, havia

divergência sobre a natureza do prazo. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, por exemplo, discordando de Câmara Leal, entendia que o prazo era prescricional, pois “o direito de propor a ação rescisória é de natureza processual e nasce sómente depois de proferido o julgado rescindendo.”¹⁶⁹ Por outro lado, hoje, consoante anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, referindo Agnelo Amorim Filho, “como a rescisória é ação desconstitutiva com prazo de exercício previsto em lei, tal prazo é de decadência.”¹⁷⁰

E esse prazo conta-se do trânsito em julgado da última decisão no processo, ainda que esta não seja de mérito, exceções para os casos de intempestividade (em que a decisão recorrida transita em julgada antes do recurso ser interposto) e de manifesto incabimento (em que, também, não há a interrupção do prazo recursal)¹⁷¹. Nesse sentido:

¹⁶⁹ *Op. cit.* p. 37.

¹⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. p. 814

¹⁷¹ Inteligente, no ponto, a Súmula 100, do Tribunal Superior do Trabalho: “AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA.

I - O prazo de decadência, na ação rescisória, conta-se do dia imediatamente subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, seja de mérito ou não.

II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.

III - Salvo se houver dúvida razoável, a interposição de recurso intempestivo ou a interposição de recurso incabível não protraí o termo inicial do prazo decadencial.

IV - O juízo rescindente não está adstrito à certidão de trânsito em julgado juntada com a ação rescisória, podendo formar sua convicção através de outros elementos dos autos quanto à antecipação ou postergação do “dies a quo” do prazo decadencial.

V - O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial.

VI - Na hipótese de colusão das partes, o prazo decadencial da ação rescisória somente começa a fluir para o Ministério Público, que não interveio no processo principal, a partir do momento em que tem ciência da fraude.

VII - Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

VIII - A exceção de incompetência, ainda que oposta no prazo recursal, sem ter sido aviado o recurso próprio, não tem o condão de afastar a consumação da coisa julgada e, assim, postergar o termo inicial do prazo decadencial para a ação rescisória.

IX - Prorroga-se até o primeiro dia útil, imediatamente subsequente, o prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando expira em férias forenses, feriados, finais de semana ou em dia em que não houver expediente forense. Aplicação do art. 775 da CLT.

X - Conta-se o prazo decadencial da ação rescisória, após o decurso do prazo legal previsto para a interposição do recurso extraordinário, apenas quando esgotadas todas as vias recursais ordinárias.”

EMENTA.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA.

BIÊNIO LEGAL. TERMO A QUO. RECURSO NOTORIAMENTE INTEMPESTIVO.

1. Ação rescisória em que se busca desconstituir julgado que considerou devidos os índices de correção monetária das contas vinculadas do FGTS relativos aos planos econômicos Bresser e Collor II, em dissonância com o que foi decidido pela Suprema Corte no RE nº 226.855/RS. O TRF/4ª Região extinguiu o processo com julgamento do mérito, com fulcro no art. 269, IV, do CPC, reconhecendo a decadência do direito à ação rescisória. Recurso especial no qual se intenta demonstrar que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória deve ter o seu *dies a quo* fixado no momento em que transita em julgado a decisão do último recurso interposto em face do *decisum* rescindendo.

2. O cerne da questão reside em se determinar o termo *a quo* da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória quando interposto recurso notoriamente intempestivo em face da decisão rescindenda.

3. Situações existem em que o eventual não-conhecimento do recurso não é facilmente dedutível, o que poderia decorrer em prejuízo muitas vezes insanável para a parte, ante a dificuldade de atuação do patrono da causa. Com efeito, supondo-se que o exame do recurso se prolongue por mais de dois anos, criar-se-ia a possibilidade de que, ao ser declarado o seu não-conhecimento, já se tenha exaurido o biênio ensejador do juízo rescisório. Portanto, para que seja evitada essa conseqüência indesejada, tem-se que o trânsito em julgado a ser observado deve mesmo ser o da derradeira decisão, que examinará eventual recurso que esteja pendente.

4. Excepciona-se dessa regra, tão-somente, as hipóteses em que o recurso é extemporaneamente apresentado ou que haja evidenciada má-fé da parte que recorre.

5. No caso dos autos, a sentença que se pretende rescindir foi publicada em 19/03/1999, tendo o recurso de apelação sido interposto apenas em 09/04/1999, portanto, após o decurso do prazo. A recorrente, ao ajuizar a ação rescisória, deveria ter observado o trânsito em julgado que se deu com o término do prazo para o manejo da apelação, qual seja o dia 05/04/1999. Tendo a ação sido

proposta somente em 16/01/2002, não há como afastar a decadência do direito rescisório.

6. Recurso especial não-provido.” (STJ — RESP 770335/RS. Rel. Min. José Delgado. Primeira Turma. DJ de 26/09/2005).

É possível, ainda, que ocorra o trânsito em julgado parcial, se uma das partes da sentença não for objeto de recurso. O prazo para a ação rescisória conta-se, nesse caso, não do trânsito em julgado da última decisão, mas daquela contra qual não foi interposto recurso, no ponto.

2.7.1. Hipóteses de cabimento da ação rescisória

A primeira hipótese de cabimento da ação rescisória, segundo o Código de Processo Civil pátrio, é a de a *sentença haver sido proferida com prevaricação, concussão ou corrupção*.

A definição desses tipos está no Código Penal. Prevaricação, nos termos do artigo 319, consiste em retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Concussão, segundo o artigo 316, consiste em exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Corrupção (passiva), conforme o artigo 317, verifica-se quando alguém solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem.

A sentença, em qualquer desses casos, é viciada, pois não refletirá a verdade real ou terá apreciado de forma isenta a demanda. Da mesma forma, o julgamento de órgão colegiado no qual algum dos julgadores tenha agido com prevaricação, concussão ou corrupção.

Havendo processo criminal contra o magistrado, versando sobre alguns desses tipos penais, é possível que a ação rescisória seja suspensa, nos termos do artigo 110, do Código de Processo Civil. Se, porventura, houver decisão transitada em julgado no juízo criminal, conforme o artigo 66, do Código de Processo Penal, haverá vinculação do julgador da ação rescisória, quanto à caracterização do delito.

A segunda hipótese de cabimento da ação rescisória é a de *impedimento* ou *incompetência absoluta do juízo*.

Juiz impedido é aquele que profere sentença sem poder ter figurado como julgador no caso concreto, conforme o artigo 134 do Código de Processo Civil. Não há que se falar em cabimento da rescisória se o juiz quebrou a princípio da imparcialidade por ser suspeito, conforme o artigo 135 do Diploma Processual.

A incompetência que pode dar azo à propositura da ação rescisória não é a relativa, que convalida se não argüida em tempo, nos termos do artigo 114, do CPC, mas a absoluta que pode, a qualquer tempo, pela gravidade, ser argüida pela parte e suscitada pelo juízo, não sendo sanada no curso da relação processual.

O terceiro caso de ação rescisória é o de *dolo da parte vencedora*. Se a parte que obteve êxito na demanda, consoante anota Barbosa Moreira, tiver faltado com o “dever de lealdade e boa-fé (artigo 14º, nº II), haja impedido ou dificultado a atuação processual do adversário, ou influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade”¹⁷². Por exemplo, se a parte oculta ou mente sobre o paradeiro do réu a ser citado. Também o representante da parte pode agir com dolo.

É fundamental, para a configuração dessa hipótese de cabimento da rescisória, o nexo de causalidade entre o dolo e o pronunciamento do órgão judicial.

Por *colusão entre as partes em fraude à lei*, também possível a utilização da via rescisória. Deve restar configurada a intenção das partes em agir de forma combinada e maliciosa para atingir determinado fim vedado por lei. No curso da demanda, se o juiz perceber a intenção das partes agindo em conluio (artigo 129, do CPC), deve proferir sentença que obste os objetivos das partes. Se transitar em julgado a decisão, sem o juiz notar, deve-se utilizar a rescisória.

A doutrina bem diferencia que a colusão entre as partes não implica em processo simulado (intenção de prejudicar terceiros) ou fraudulento (o resultado é

¹⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. pp. 122-123.

querido para atingir fim vedado em lei). Se o *processo* for forjado, em qualquer desses dois casos, ele é juridicamente inexistente. A colusão, que leva à rescisão da sentença, importa em simulação do litígio, do próprio conflito de interesses, entre as partes (v.g., esvaziamento de patrimônio para fraudar credores). Segundo Eduardo Talamini, dois são os aspectos essenciais dessa hipótese de rescisória: (i) o conluio entre as partes ou seus representantes, forjando uma pretensão e um conflito que não existe, (ii) “para o fim de obter resultado que, se elas tentassem diretamente produzir, seria *proibido* ou *ineficaz* em face de terceiros”¹⁷³.

A quarta hipótese de cabimento de rescisória é a de *ofensa à coisa julgada*. Bem que o legislador, considerando a previsão legal do respeito à coisa julgada, poderia ter deixado essa hipótese dentro da de ofensa à legislação, mas, pela importância do instituto, preferiu destacá-la. Isso porque a autoridade da coisa julgada vincula o juiz que não pode proferir novo julgamento sobre matéria já decidida. E essa previsão em separado mostra a preocupação e a valorização da coisa julgada, pois a ação autônoma da rescisória é utilizada justamente para fazer valer uma primeira coisa julgada já formada e desrespeitada por decisão posterior.

Assim, tanto se uma primeira decisão transitada em julgado já havia sobre o tema objeto da segunda, quanto se no segundo processo não se considerou alguma declaração que fez a coisa julgada em um primeiro, é possível utilizar-se da ação rescisória por ofensa à coisa julgada, ou seja, se a coisa julgada foi respeitada ou desrespeitada. Pontes de Miranda explica:

“A coisa julgada, no art. 485, IV, é a coisa julgada material, isto é, a ofensa a sentença anterior, transita em julgado, ou a sentenças anteriores, transitas formalmente em julgado (porque isso é elemento essencial e geral para qualquer rescindibilidade), por ter decidido o que já fora objeto de sentença anterior ou de sentenças anteriores. Tudo ou algo da sentença posterior coincide, quanto aos sujeitos, ao pedido e à *causa petendi*, com o que já fora decidido por sentença anterior ou por sentenças anteriores.”¹⁷⁴

¹⁷³ *Op. cit.* p. 151.

¹⁷⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. p. 255.

Eduardo Talamini coloca o problema de não se utilizar da ação rescisória tempestivamente se uma segunda sentença afrontar o aspecto negativo da coisa julgada formada em uma primeira sentença, tornando a decidir matéria já decidida — haverá dois comandos inconciliáveis (v.g., se depois de uma sentença primeira transitada em julgado em ação de desapropriação, o particular promover ação de desapropriação indireta e obtiver nova indenização pelo mesmo imóvel já objeto da primeira ação). Qual decisão deverá prevalecer?

“*De lege ferenda*, seria razoável alteração no direito positivo para eliminar ou ampliar o prazo para a propositura da ação rescisória nessa hipótese. Algo semelhante atualmente ocorre no direito francês (art. 618 do *Nouveau Code*). (...).

De lege lata, nos casos gravíssimos, em que o prevalecimento da segunda sentença revele-se extremamente aviltante também para outros valores constitucionais, haverá de se cogitar da quebra atípica da segunda coisa julgada.”¹⁷⁵

E, de fato, o nosso ordenamento não resolve o problema, devendo, no nosso entender, prevalecer a primeira coisa julgada, mas sem justificativa técnica para se desconsiderar a segunda (existente e válida).

A quinta, e no nosso entender a mais importante, hipótese de cabimento de ação rescisória é a *violação de literal disposição de lei*. Definir o que é a literalidade de um preceito legal não é tarefa fácil, tendendo a doutrina a criticar o texto desse inciso. Pontes de Miranda, com quem concordamos, todavia, explica que *literal*, ou letra, é o que “está aí, como expresso, revelado”¹⁷⁶. Ou seja, um dispositivo legal é literalmente violado quando da leitura da decisão fica claro, expresso, que ele foi desrespeitado.

Tanto no caso de o juiz não aplicar preceito que deveria ser aplicado, como quando aplicar mal ou até interpretá-lo de forma equivocada, cabível a rescisória. Anote-se que a má interpretação de preceito legal leva à sua não-aplicação correta e conseqüente violação. Eduardo Talamini bem anota, corroborando para o exposto:

¹⁷⁵ *Op. cit.* p. 158.

¹⁷⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. p. 267.

“Para a caracterização da hipótese prevista na regra do art. 485, V, não é necessário que a ofensa dirija-se ao texto literal do dispositivo normativo. Também há violação quando a sentença veicular orientação incompatível com a *interpretação correta* da norma. Seria despropositado limitar o cabimento da rescisória à pretensa hipótese em que a violação tem por alvo norma cujo sentido seja extraível ‘literalmente’ do texto legal, sem que haja a necessidade de interpretação nenhuma. Mesmo porque essa hipótese é incompatível com o fenômeno jurídico. Não há norma jurídica que possa ser extraída de um dispositivo legal automaticamente, sem interpretação.”¹⁷⁷

Já Jorge Americano, ainda antes do Código de 1939, destacava que não poderia se entender violação de direito expresso (hipótese equivalente à atual violação de literal disposição de lei) como sendo exclusivamente da expressa negação da tese da lei. Isso porque, segundo o autor, não se imagina que os juízes mais bem formados e protegidos pelas garantias da vitalícia e inamovibilidade cometam erros graves de declarar que determinada lei vigente não está em vigor e que o texto aplicável está revogado. Nas suas palavras:

“É pois, muito para se precaver o interprete menos avisado contra um entendimento perigoso da lei e uma ampliação descabida das conclusões da jurisprudência.

Ninguém veria hoje um juiz declarar que a lei vigente não está em vigor, que o texto applicavel está revogado, que não existe lei reguladora do caso, quando ella é conhecida e invocada. Si bem que raramente, porém, notam-se éo,,g e bé1aed

E a palavra *lei*, para o inciso V, do artigo 485, do CPC, deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo a Constituição, a legislação complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, etc.. E a *lei* que pode ser violada é tanto a de Direito material quanto a de Direito Processual (tanto versando sobre *error in procedendo* como sobre *error in iudicando*, porque a intenção é a de evitar nulidades e o desrespeito ao ordenamento jurídico).

Muito polêmica, consoante será visto também no tópico seguinte, a necessidade de que a matéria objeto de ataque rescisório, com base nesse inciso V, tenha sido prequestionada, ou tratada na decisão rescindenda.

Parece-nos que a regra deve ser a de exigir a referência à tese legal questionada. Isso por lógica, não por formalismo¹⁷⁹. Se a hipótese de cabimento é a de que a sentença tenha violado determinado dispositivo, deve ser possível, da leitura da sentença, concluir-se pela violação. Ainda que não tenha havido a referência expressa ao número do dispositivo apontado como violado, a questão legal deve ter sido tratada para poder-se concluir pela violação literal da lei.

Mesmo que não se queira chamar de prequestionamento (por estar o termo mais afeito à sistemática recursal), a necessidade de apreciação, por regra, do dispositivo legal violado pela sentença rescindenda impõe-se.

Há poucas exceções, decorrentes das chamadas violações originárias, como quando a decisão rescindenda julga *extra* ou *ultra petita* e quando peca pela falta de fundamentação. Nesses poucos casos, como a decisão originariamente infringiu a norma processual (às vezes, até com assento constitucional), dispensável a referência à letra da lei pela sentença ou acórdão atacados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem excluído o cabimento da ação rescisória por violação a literal preceito de lei quando a matéria seja de

¹⁷⁹ A jurisprudência predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal, todavia, orienta-se em sentido oposto ao aqui defendido.

interpretação controvertida no âmbito dos Tribunais, exceto se tratar-se de texto constitucional. Esse, o teor da Súmula 343/STF¹⁸⁰.

A restrição é polêmica, considerando-se que mesmo que a matéria, à época da prolação da decisão rescindenda, seja polêmica, o preceito legal pode restar violado se mal aplicado ou interpretado. Assim, o fato de existirem diversas linhas de interpretação sobre uma mesma questão, embora não torne uma mais certa do que a outra, não deveria servir de empecilho para o ajuizamento de ação rescisória. Ademais, consoante bem destaca Barbosa Moreira:

“Deve receber-se com ressalvas a tese. Sem dúvida, no campo interpretativo, muitas vezes há que admitir certa flexibilidade, abandonada a ilusão positivista de que para toda questão hermenêutica exista uma única solução correta. Daí a enxergar em *qualquer* divergência obstáculo irremovível à rescisão vai considerável distância: não parece razoável afastar a incidência do art. 485, n° V, só porque dois ou três acórdãos infelizes, ao arrepio do entendimento preponderante, hajam adotado interpretação absurda, manifestamente contrária ao sentido da norma.”¹⁸¹

Para corroborar com a inadequação do óbice ao cabimento, basta perguntar-se o porquê de o Supremo Tribunal Federal diferenciar e excepcionar a violação à norma constitucional (quando não tem aplicado o óbice sumular). Não obstante a Constituição seja hierarquicamente superior, está também compreendida na generalidade de *lei*.

Por fim, no ponto, vale ser destacado que súmulas de Tribunais (ainda que vinculantes) não podem dar ensejo à rescisória por ofensa de lei, pois os enunciados sumulados são apenas a consolidação de interpretações sobre normas, mas não lei para esse fim.

¹⁸⁰ “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”.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. p. 130.

O sexto inciso do artigo 485, do Código de Processo Civil, prevê o cabimento de rescisória quando a decisão se fundar em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória.

O Código de 1939 exigia que a prova falsa fosse o principal fundamento da sentença rescindenda, ao contrário do dispositivo atual, segundo o qual basta que a sentença tenha sido fundada em prova falsa.

Importa saber, portanto, se a sentença pode ser sustentada sem a base da prova falsa. Se houver outro fundamento suficiente para manter a sentença, não há de se falar em rescindibilidade.

A falsidade, que pode ser tanto material (deturpação ou adulteração no próprio objeto material) como ideológica (incompatibilidade entre a realidade e o conteúdo do documento, que é materialmente perfeito), pode haver sido apurada em prévio processo criminal (que tenha decisão transitada em julgado) ou pode ser originariamente constatada na própria rescisória. No primeiro caso, o réu poderá apenas, na ação rescisória, contestar o fato de a sentença poder sustentar-se por outro fundamento, ao contrário da segunda hipótese, na qual a discussão de mérito da rescisória pode ser sobre o fato de a prova ser falsa ou não.

Importante destacar que se há coisa julgada na esfera cível atestando a veracidade da prova, ainda assim, na rescisória, pode-se atacar a falsidade. E se há coisa julgada cível atestando a falsidade da prova, na qual tenha se baseado a decisão rescindenda, não se poderá discutir novamente a falsidade (já acobertada pela coisa julgada)¹⁸².

Outra hipótese de cabimento da ação rescisória é quando o autor obtiver, depois da sentença, documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.

José Carlos Barbosa Moreira destaca que a Comissão Revisora do Projeto do atual Código de Processo Civil sugerira a eliminação desse dispositivo ensejador da rescisória, por temer os abusos a que ele poderia dar ensejo, em detrimento da autoridade da coisa julgada, mas prevaleceu a posição contrária, até porque se sabe

¹⁸² José Carlos Barbosa Moreira destoa desse entendimento, destacando que a prova da falsidade deverá ser feita no processo da rescisória e a sentença cível representará, apenas, “poderosíssimo elemento de convicção” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. p. 134).

que “a obtenção de documento novo, mesmo decisivo, nem sempre aproveita à parte na própria pendência do processo, para conseguir a reforma da sentença”¹⁸³.

Documento novo é aquele que existia ao tempo do processo em que se proferiu a sentença, mas que a parte não pode fazer uso por fato alheio à sua vontade, por exemplo, por lhe haver sido furtado, por estar em local inacessível, porque não encontrou quem o guardava e até por não conhecê-lo.

Nessa linha, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (AR 1063/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno — DJ de 25/08/95), advertindo que “por documento novo não se deve entender aquele que, só posteriormente a sentença, veio a formar-se, mas o documento já constituído cuja existência o autor da ação rescisória ignorava ou do qual não pôde fazer uso, no curso do processo de que resultou o aresto rescindendo”. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Ag 569546/RS, Rel. Ministro Pádua Ribeiro, Terceira Turma — DJ de 11/10/2004) tem jurisprudência no sentido de que “não pode ser considerado documento novo, aquele produzido após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo” e nem aquele que “não foi produzido na ação principal por desídia da parte”.

E mesmo a sentença penal proferida posteriormente à cível, em sentido distinto, pode ser utilizada como documento novo. Nesse sentido, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg na MC 8310/MG, Relator Ministro Menezes Direito, Terceira Turma — DJ de 25/10/2004), segundo a qual “não é documento novo aquele produzido após o julgamento da causa e a ocorrência de decisões contraditórias no cível e no juízo criminal não induzem necessariamente a uma ação rescisória”.

Para revelar a estreiteza da via rescisória, importante ressaltar que não equivale à utilização de documento novo a alegação de fato que não pudera ser alegado. A interpretação que deve ser dada é a de que só é cabível a ação com base no inciso VII, do artigo 485, do CPC, quando documento preexistente não pode ser utilizado por razão alheia à vontade da parte autora da rescisória.

Uma última indagação merece ser feita: se a expressão *depois da sentença* significa depois do trânsito em julgado da sentença. Eduardo Talamini bem entende que não, pois há um momento limite a partir do qual não se pode mais juntar documentos no processo principal, na qual prolatada a decisão rescindenda:

¹⁸³ *Id.* p. 135.

“Quanto ao momento da obtenção do documento novo, a lei alude a ‘depois da sentença’ — o que poderia transmitir a impressão de que o marco temporal relevante seria o trânsito em julgado da decisão rescindenda. Todavia, deve-se considerar que mesmo antes do trânsito em julgado põe-se um momento a partir do qual a apresentação de um documento novo no processo já não é apta a produzir efeitos dentro desse próprio processo. É a fase posterior ao exaurimento dos recursos ordinários. Em sede de recurso especial e extraordinário (recursos extraordinários *lato sensu*), já não é possível o reexame de matéria probatória. Logo, a apresentação de um documento novo nessa etapa do processo é juridicamente irrelevante. Eis porque o ‘depois da sentença’, no art. 485, inc. VII, deve ser lido como *depois do último momento em que teria sido lícito utilizar o documento no processo anterior*. Em suma, é documento novo todo aquele cujo conhecimento de existência e (ou) acesso só se vem a obter depois de julgada a apelação.”¹⁸⁴

A penúltima hipótese de cabimento da ação rescisória é a de existência de fundamento para invalidação de confissão, desistência ou transação em que se tenha baseado a sentença.

Confissão é meio de prova consistente na admissão, por qualquer das partes, da verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, nos termos do artigo 352, do CPC. Na mesma linha, os incisos do dispositivo aduzem que a confissão pode ser impugnada por ação anulatória se pendente o processo em que foi feita e por rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituir o único fundamento.

Ou seja, em havendo a admissão de fato contrário ao interesse da parte, se transitada em julgado a decisão que tenha se baseado unicamente nessa admissão e se houver fundamento para invalidá-la (como erro, dolo, coação, etc.), cabível a ação rescisória. Aliás, sobre os fundamentos de nulidade do ato, conforme bem anota José Carlos Barbosa Moreira não se deve entender apenas o erro, dolo ou coação, consoante a confissão atacada por ação anulatória, mas qualquer outro vício como a falta de poderes do procurador (artigo 38) e outros de que trata o Código (artigos 350, parágrafo

¹⁸⁴ *Op. cit.* p. 181.

único, 351, etc.). Nas suas palavras, “não há como se excluir, em casos tais, o cabimento da ação rescisória contra a sentença baseada na confissão, pois a fórmula do art. 485, n° VIII, é genérica: alude a *qualquer* fundamento para invalidar o ato”.¹⁸⁵

No termo *confissão*, em sentido amplo, também compreende-se o reconhecimento do pedido (se admissível a ação para rescindir sentença que tenha se baseado em admissão de fato contrário ao interesse da parte, com muito mais razão também se a parte admite o fato a tal ponto de reconhecer o pedido).

Quanto à desistência, houve um deslize terminológico por parte do legislador, que pretendeu se referir à renúncia. Isso porque, nos termos do inciso VIII, do artigo 267, do CPC, o processo é extinto sem julgamento do mérito se o autor desistir da ação. Por outro lado, se houver a renúncia do Direito sobre o qual se funda a ação, o processo é extinto com julgamento de mérito, conforme o inciso V, do artigo 269. Dessa forma, como a rescisória objetiva ataca decisão que tenha julgado o mérito, cabível quando houver fundamento para invalidar a renúncia.

A transação, logicamente, é a homologada por sentença, que faz coisa julgada material, nos termos do artigo 269, III, do CPC. As partes chegam a um termo, mediante concessões recíprocas, que chegam ao juízo que homologa o ato por sentença.

Não é necessária a prévia invalidação do ato defeituoso em que se tenha baseado a sentença. A decisão que julgar procedente o pedido rescisório, com base no inciso VIII, já fulmina o próprio ato que servira de base para a sentença atacada. O ataque direto à sentença, nos termos do artigo 485, do CPC, libera a parte de promover a prévia invalidação do ato (confissão, renúncia ou transação) que, juntamente com a decisão, é anulado (tecnicamente, a decisão é rescindida e o ato anulado).

A única distinção entre a rescisão com base em fundamento que possa invalidar a confissão, desistência ou transação é que contra a confissão o fundamento deve ter sido o único da sentença (nos termos do artigo 352, II, do CPC), ao passo que nos outros casos, basta que a sentença tenha se baseado na desistência ou na transação, ainda que elas não tenham sido o único fundamento da sentença.

Por fim, a nona hipótese de cabimento da ação rescisória é por erro de fato, que não se confunde com erro de julgamento ou apreciação indesejada dos fatos,

¹⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. p. 143.

mas significa, na dicção do parágrafo primeiro, do artigo 485, a admissão de fato inexistente ou a não-admissão de fato existente.

A linha é tênue, mas a apreciação do erro de fato não leva ao simples reexame de matéria fática, vedado em grau rescisório. Ainda que o juiz tenha errado quanto à matéria de fato, valorando-a equivocadamente de acordo com as provas, por exemplo, a sentença é no máximo injusta, mas não tem a sua validade afetada, dando ensejo à rescisão. José Carlos Barbosa Moreira é preciso:

“Em regra, o erro do juiz em matéria de fato, não obstante torne *injusta* a decisão, nenhuma influência exerce sobre a sua *validade*. O Código de 1939, no art. 800, expressamente negava a rescindibilidade por mera ‘injustiça da sentença’ e por ‘má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato’, sendo evidente que estas duas hipóteses, em última análise, se resolviam na primeira. O atual diploma absteve-se de reproduzir a norma, que todavia subsiste implícita, como princípio geral, derogado apenas nos casos expressos, qual o do inciso IX — inovação perigosa, a cuja consagração inutilmente se opôs a Comissão Revisora do anteprojeto.”¹⁸⁶

E para ficar claro que a hipótese da rescisão com base em erro de fato não se confunde com a indevida apreciação dos fatos, exige-se que o erro possa ser constatado pelo exame dos documentos e peças dos autos originários, não se admitindo na rescisória novas provas tendentes a demonstrar a inexistência de fato admitido pelo juiz ou a existência de fato desconsiderado.

A legislação ainda impõe, no parágrafo segundo, do artigo 485, dois outros requisitos para a rescisão: a inoccorrência de controvérsia e a ausência de pronunciamento judicial sobre o fato.

Para que não ocorra controvérsia, o fato não deve ter sido impugnado, ou deve ter sido admitido por uma das partes (confissão), ou, ainda, não deve sequer ter sido alegado.

No caso da falta de alegação, a via rescisória só é aberta se o fato pudesse ser apreciado de ofício pelo magistrado (sob pena de, assim não sendo, a via rescisória tornar-se instância de exame de fatos não alegados). Se o fato foi admitido, as

¹⁸⁶ *Id.* p. 146.

partes podem ter reconhecido a existência (e o juiz considerou inexistente) ou reconheceram a inexistência (e o juiz considerou existente). Se o fato não foi impugnado, considerando que a falta de contestação não importa em necessário reconhecimento do pedido, e ele é aceito como verdadeiro, ainda assim, pelas demais provas produzidas nos autos do processo originário, pode-se chegar à conclusão de que o fato (considerado verdadeiro) incorreu ou inexistiu.

Ao exigir que tenha inexistido pronunciamento judicial sobre o fato, o legislador pretendeu deixar claro que a via rescisória não é de mera revisão dos julgados. O erro de fato deve ser constatado na rescisória e não consistir em questão já resolvida expressamente pelo juiz. Barbosa Moreira¹⁸⁷ explica que o que deve haver é a “incompatibilidade lógica” entre a conclusão do julgado e a existência ou não do fato. O juiz, segundo o mesmo processualista, deve, ao decidir, não ter expressamente afirmado ocorrido o fato incorrido ou negado o fato ocorrido, mas saltado “por sobre o ponto sem feri-lo”. Se o juiz, portanto, reconhece o não fato fundamentando em tantas provas produzidas, não há cogitar da rescisão do julgado.

A intenção da lei é autorizar que casos julgados de determinada forma não tivessem o mesmo desfecho se o juiz tivesse atentado para o fato existente ou atentado para a inexistência do fato.

2.7.2. Juízo rescisório e rescindendo e outras questões sobre o cabimento da ação rescisória

Outras questões importantes, relacionadas à ação rescisória e ao valor segurança jurídica, merecem destaque.

A primeira delas diz respeito à constante discussão sobre a antecipação de tutela (antecipação da produção de efeitos da sentença) em autos de ação rescisória. A doutrina e a jurisprudência eram quase unânimes no sentido de defender a possibilidade. O argumento central, a favor do cabimento da medida, é o de que, nos termos do artigo 273, do CPC, não há qualquer restrição à concessão de medidas

¹⁸⁷ *Id.* pp. 150-151.

antecipatórias, desde que presentes a verossimilhança das afirmações da petição inicial e o risco da demora.

Some-se que a tendência da legislação, conforme já anotado, tem sido a de privilegiar cada vez mais as tutelas provisórias e emergenciais, em nome da efetividade da prestação jurisdicional ao invés da segurança jurídica. Exemplo claro é a possibilidade de os relatores, nos Tribunais, nos termos do artigo 527, do Código de Processo Civil, poderem antecipar a tutela originariamente.

E, nessa linha, para acabar com o quase pacificado debate, a Lei 11280/2006 alterou o artigo 489, do Código de Processo Civil que passou, além de dizer que a ação rescisória não tem efeito suspensivo (logicamente, pois já há coisa julgada), a expressamente prever a possibilidade de ser concedida a antecipação de tutela em rescisória¹⁸⁸. Rodrigo da Cunha Lima Freire bem anota:

“Portanto, a alteração procedida no art. 489 do CPC apenas positivou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo que o *simples ajuizamento* da ação rescisória não é suficiente para suspender a execução do julgado rescindendo, por aplicação da alínea *a* do inciso IV do art. 265 do CPC, mas a suspensão pode ser obtida mediante a concessão da *tutela antecipada* prevista no art. 273 do CPC ou a concessão da *tutela cautelar* prevista no art. 798 do CPC, desde que os respectivos requisitos estejam presentes.”¹⁸⁹

Apesar da disposição legal, entendemos que não deveria ser possível essa concessão, considerando que já há coisa julgada formada, ainda que com eventuais vícios¹⁹⁰.

¹⁸⁸ “Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.” (NR)

¹⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, RAMOS, Glauco Gumerato, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. p. 502.

¹⁹⁰ Nesse sentido, a técnica e bem redigida Súmula 405, do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual:

“AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

I - Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

II - O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.”

Pela ação rescisória, após apreciação detida da decisão rescindenda pelo Poder Judiciário, é possível desconstituir a coisa julgada, mas parece-nos que autorizar que, com base em um juízo provisório de verossimilhança, o magistrado antecipe a produção de efeitos de uma decisão futura contra a coisa julgada é ir longe demais, desprestigiando de forma flagrante o valor segurança jurídica.

Eventual *periculum in mora* ou risco de lesão que surja enquanto em curso ação rescisória pode e deve ser objeto de ação cautelar inominada incidental, que tem como objetivo apenas resguardar o resultado da ação principal, mas não antecipar a produção de efeitos de uma decisão de forma contrária à coisa julgada (que dá estabilidade às relações sociais).

O segundo ponto que merece destaque diz respeito à legitimidade para o ajuizamento da ação rescisória e sobre os requisitos da petição inicial. Em nome da estreiteza do cabimento da ação, são partes legítimas, nos termos do artigo 487, do

indeferida da mesma forma que a das demais ações de rito ordinário, nos casos do artigo 295, do CPC e quando não for feito o depósito.

A intenção do depósito é a de, sem tolher o Direito de ação constitucionalmente previsto (artigo 5º, XXXV), desestimular o ajuizamento corriqueiro de rescisórias, que além de movimentar após o trânsito em julgado o aparato judiciário, coloca em situação de instabilidade a coisa julgada.

Sobre a circunstância de o pedido poder ser de rescisão e de novo julgamento, maiores considerações merecem ser feitas.

Após o procedimento regulado no CPC, artigos 491, 492 e 493 (citação, instrução do processo e razões finais), chegado o momento do julgamento, o Tribunal, nos termos do artigo 494, pode, julgando procedente a ação, se for o caso, proceder a novo julgamento. Se a ação for julgada improcedente, o depósito, ao invés de ser restituído o valor, será revertido a favor do réu.

N0.1938(T)0.640026(r)T*[()-5753.54(N)1.57442(0.1938(T)0.640.54()-1)-0.147792(o)

processual brasileiro consideravam e consideram mais sábio incidir o *princípio de economia processual*.”¹⁹¹

Em alguns casos, pode ser que a rescisão da sentença, por si só, esgote a atividade jurisdicional, como na hipótese de a rescisória ser acolhida e julgada procedente por ofensa à coisa julgada — já haverá uma decisão anterior que será válida e produzirá efeitos, não sendo necessário rejulgar a matéria.

Também pode ocorrer de não ser possível o exercício do juízo rescisório quando necessária a remessa a outro órgão, como no caso de a sentença ser rescindida, pois proferida por juízo incompetente absolutamente.

Mas, em sendo possível e tendo sido feito o pedido na ação rescisória, após retirar do mundo jurídico, rescindindo, a sentença atacada, cabe ao Tribunal proceder ao julgamento da causa originária, até para que a lide não fique sem apreciação e em nome da economia processual.

A natureza da decisão do juízo rescindendo, se procedente o pedido, é constitutiva (negativa), pois cria situação jurídica nova, diversa da anterior; se improcedente o pedido, é declaratória negativa, pois declara que inexistia o alegado direito à rescisão da sentença. No juízo rescisório, a decisão de mérito será declaratória, constitutiva ou condenatória, dependendo do caso concreto. José Carlos Barbosa Moreira explica:

“Recorde-se que, rescindida a sentença, ressurge a lide por ela composta no feito anterior. Compete em regra ao tribunal rejulgar a *causa*, apreciando-a nos mesmos limites em que tivera de apreciá-la a sentença invalidada. Pode acontecer que a nova decisão coincida no teor (e, portanto, na natureza) com a rescindida; pode também acontecer que se revista de teor contrário: seja, *v.g.*, condenatória, quando a outra era declaratória negativa, ou vice-versa. Não há determinação *a priori* da classe a que pertencerá a decisão no *iudicium rescissorium*.”¹⁹²

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. p. 99.

¹⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. V. p. 207.

E a eficácia da decisão do juízo rescindendo também é de difícil determinação, se *ex tunc* ou *ex nunc*, devendo-se levar em conta, caso a caso, não só a

sentido contrário ao aqui defendido, já decidiu que não se pode falar em prequestionamento em ação rescisória:

EMENTA.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RESCISÓRIA. CABIMENTO. EXIGÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PRAZO DECADENCIAL. INOBSERVÂNCIA. VIOLAÇÃO EFETIVA À COISA JULGADA. 1. Ação rescisória. Cabimento. Exigência de prequestionamento para a sua admissibilidade. Insubsistência. O Supremo Tribunal Federal, à época em que detinha competência para apreciar a negativa de vigência de legislação federal, assentou que as hipóteses enunciadas nos incisos do artigo 485 do Código de Processo Civil evidenciam a inaplicabilidade, à rescisória, do pressuposto concernente ao prequestionamento, dado que a rescisória não é recurso, mas ação contra a sentença transitada em julgado. Precedentes. 2. Ação rescisória. Julgamento sem observância do prazo bienal. Decadência. Há efetiva violação à coisa julgada, se conhecida e julgada procedente ação rescisória proposta quando já decorrido o prazo bienal, contado a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Agravo regimental não provido.” (STF — RE-Agr 444810/DF. Rel. Min. Eros Grau. Primeira Turma. DJ de 22/04/2005).

No nosso entender, há apenas uma única exceção à necessidade do prequestionamento: quando a violação legal fundamento da rescisória nascer na própria decisão (*v.g.*, se ocorrer julgamento *ultra, citra* ou *extra petita*).

Por fim, importante destacar que a competência para apreciação da ação rescisória será sempre de órgão superior ao prolator da decisão atacada — se a sentença for objeto da ação, competente o Tribunal; se acórdão de Tribunal for objeto,

II - O prequestionamento exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma, reputada como violada, tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento.

III - Para efeito de ação rescisória, considera-se prequestionada a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa de ofício, o Tribunal simplesmente a confirma.

IV - A sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos de convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de prequestionamento.

V - Não é absoluta a exigência de prequestionamento na ação rescisória. Ainda que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal, é prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença “*extra, citra* e *ultra petita*”.

Várias são as formas pelas quais a relativização pode ocorrer, como através da ampliação das hipóteses de inexistência jurídica no processo — determinadas decisões poderiam ser consideradas inexistentes, por exemplo, e, portanto, fora do limite temporal da rescindibilidade, podendo ser declaradas inexistentes e desconsideradas a qualquer tempo.

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁹⁵, nessa linha, desenvolvem tese ampliadora da noção de sentença inexistente, considerando que também seriam juridicamente inexistentes as sentenças de mérito proferidas em desatenção às condições da ação, ofensivas à coisa julgada e baseadas em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em controle concentrado de constitucionalidade).

Ousamos discordar dos ilustres autores, pois os planos da existência e da validade (nulidade) são absolutamente distintos, não podendo ser confundidos.

Um fato do mundo real passa a ser um fato jurídico quando sobre ele incide norma jurídica, vale dizer, quando acontece no mundo real o que está previsto na norma jurídica (preenchimento do suporte fático) tem *existência* um fato jurídico. A partir daí, verifica-se se ele é apto a produzir efeitos, se tem *eficácia* jurídica.

Entre esses dois planos, o da existência e o da produção de efeitos (eficácia), há o plano da *validade*, que, explica Antônio Junqueira de Azevedo, no que diz respeito aos negócios jurídicos, deve ser examinado tendo em vista que “seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos”¹⁹⁶, exigindo o Direito, portanto, que a declaração de vontade preencha certos requisitos.

O preenchimento de pressupostos¹⁹⁷ indispensáveis diz respeito à *existência* de um fato, ato ou negócio jurídico. Arriscamos enumerar os pressupostos gerais aos atos jurídicos — agente, objeto, forma, tempo e lugar¹⁹⁸.

¹⁹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada — Hipóteses de Relativização*. pp. 26-85.

¹⁹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. p. 31.

¹⁹⁷ Foi utilizada a palavra *pressuposto* por considerada mais técnica. Em trabalho anterior (*Agravo de Instrumento contra decisão denegatória de recursos extraordinários*. pp. 33 e segs.), já defendemos essa posição, na esteira de lição de Calmon de Passos (*Esboço de uma teoria das nulidades in Revista de Processo*, nº 56). Antônio Junqueira de Azevedo (*Op. Cit.* p. 29) utiliza a palavra *elemento* relacionado com *existência*. À validade relaciona *requisitos*, e à eficácia *fatores*.

¹⁹⁸ Antonio Junqueira de Azevedo fala em *elementos gerais do negócio jurídico — intrínsecos* (forma, objeto e circunstâncias negociais) e *extrínsecos* (agente, lugar e tempo). *Op. cit.* pp. 31-33.

Em um segundo momento, cumpre verificar se foram observados os requisitos¹⁹⁹ previstos em lei, inerentes ao ato, para saber se o ato existente *vale*. Antônio Junqueira de Azevedo, para quem “o plano da validade é próprio do negócio jurídico”²⁰⁰, afirma que a validade é “a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas”²⁰¹.

Para que algo valha, ensina Pontes de Miranda, é preciso que exista, não tendo sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe, pois os conceitos de “validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos”²⁰².

Em momento posterior, se existente e válido o ato, investiga-se se está apto a produzir efeitos, se é ou não *eficaz*. Discute-se se a eficácia é a produção dos efeitos programados pela norma e queridos pelo agente (efeitos típicos)²⁰³, ou se é a aptidão para produzir efeitos. Entendemos referir-se à aptidão para produzir efeitos. No processo civil, v.g., se uma sentença existe e é válida, só se torna eficaz quando é publicada. A partir desse momento, ela está apta a produzir seus efeitos, é eficaz. Se, porventura, vier a ser descumprida pelas partes não deixa de ser eficaz, só não produziu efeitos *in concreto*.

A regra é essa — um plano precede o outro. Primeiro, o da existência; depois, o da validade e, por fim, o da eficácia.

No Direito Civil, a nulidade não é, por regra, fruto de decretação judicial, salvo se a lei exigir. No Processo Civil, ao contrário, a nulidade e a inexistência são sempre produto de pronunciamento judicial. Antes disso, pode-se alegar vícios atinentes à existência e à validade, ainda não declarados. No Direito Civil, os atos inexistentes e nulos não podem ser convalidados, enquanto que os anuláveis podem, ao passo que, no

¹⁹⁹ Segundo Calmon de Passos (*Op. Cit.* p. 13), requisito diz respeito “a tudo quanto integra a estrutura executiva do ato”. Antônio Junqueira de Azevedo relaciona os requisitos de validade do negócio jurídico — declaração de vontade resultante de processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; objeto lícito, possível e determinado ou determinável; forma livre ou conforme previsão legal (se a lei exigir); agente capaz e legitimado para o negócio, tempo útil (se previsto que o negócio seja feito em determinado momento); lugar apropriado (se houver a previsão de determinado lugar).

²⁰⁰ *Op. cit.* p. 40. No mesmo sentido, Pontes de Miranda defende que a validade “só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*” (*Tratado de Direito Privado*. Tomo IV. p. 4).

²⁰¹ *Id.* p. 41.

²⁰² *Op. cit.* pp. 6-7.

²⁰³ Teresa Arruda Alvim Wambier defende essa posição (*Op. cit.* p. 113)

processo civil, todos os vícios relacionados à validade são sanáveis. Só não o são os atinentes à inexistência.

Os vícios do ato ou da relação processual também são de três ordens. O mais grave é o que acarreta a *inexistência*; o menos grave, a *irregularidade*. Em posição intermediária, há os vícios que levam à *nulidade*, que, por sua vez, pode ser absoluta ou relativa.²⁰⁴

No processo civil, apesar de tanto a inexistência quanto a nulidade dependerem do reconhecimento judicial, somente vícios relativos à existência são insanáveis. Os atinentes à nulidade, tanto relativa quanto absoluta, são sempre sanáveis. Isso porque, transitada em julgado uma sentença, ou verificada a preclusão temporal pelo decurso do prazo recursal, todos os atos praticados, e a própria constituição da relação processual, ainda que eivados de vícios, são considerados válidos. É claro que a sanabilidade fica submetida a uma condição: o decurso do prazo de dois anos para a propositura de ação rescisória. Transcorrido esse lapso, ocorre a sanatória geral, com o que todos os vícios são definitivamente superados, e só os atinentes à existência da relação processual e da sentença podem ser atacados a qualquer tempo.

Pressuposto²⁰⁵ (de existência) é o que vem antes, o que precede. Na definição de Marcelo Rebelo de Sousa, “são pressupostos aqueles dados subjectivos ou objectivos que devem encontrar-se previamente preenchidos para que haja acto e acto válido.”²⁰⁶ Também, segundo Carnelutti, os “pressupostos referem-se ao que deve existir *antes do ato, na pessoa que atua ou na coisa sobre a qual se atua.*”²⁰⁷

Quanto aos pressupostos processuais, coube a Oskar Von Bülow o estudo detalhado, em sua revolucionária obra *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*²⁰⁸, após defender ser o processo uma relação jurídica, de Direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre o Estado-juiz e as partes.

O processualista alemão destaca que o nascimento da relação processual está sujeito ao preenchimento de certos requisitos. Em suas palavras, “se precisa saber

²⁰⁴ Apesar de não ser objeto do presente estudo, além de absoluta e relativa, as nulidades são divididas em *de fundo* ou *de forma* e em *cominada* e *não cominada*.

²⁰⁵ Nesse ponto, seguimos a orientação de José Joaquim Calmon de Passos em estudo já citado.

²⁰⁶ SOUZA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. p. 115.

²⁰⁷ *Instituições de Processo Civil*. v. I. p. 510.

²⁰⁸ BÜLOW, Oskar Von. *La Teoria de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales*.

entre que pessoas pode ter lugar, a que objeto se refere, que fato ou ato é necessário para o seu surgimento, quem é capaz ou tem a faculdade para realizar tal ato.”²⁰⁹

Os pressupostos da relação processual são os elementos constitutivos, sem os quais não surgiria o processo. Relacionam-se às pessoas, sobre que matéria, por meio de quais atos e em que momento se pode desenvolver o processo.

Proposta uma ação, antes de qualquer providência relacionada ao exame da pretensão, é preciso verificar se o processo existe, se preenche os pressupostos de existência. Segundo Bülow, “deve-se comprovar se ocorre o pressuposto de fato da relação processual (do *judicium*).”²¹⁰

A relação processual desenvolve-se entre o autor, o Estado-juiz e o réu, havendo pressupostos e requisitos relacionados a eles, tradicionalmente chamados pela doutrina de *subjetivos*.

Mas há também os *objetivos*. Galeno Lacerda²¹¹ faz a seguinte distinção:

— Pressupostos subjetivos (competência e insuspeição do juiz e capacidade das partes);

— Pressupostos objetivos — extrínsecos à relação processual (inexistência de fatos impeditivos) e intrínsecos (subordinação do procedimento às normas legais).

O ilustre processualista, todavia, não relaciona os pressupostos à existência, mas afirma serem requisitos de legitimidade do processo²¹².

Aliás, a doutrina nacional sempre preocupou-se mais com o estudo das condições da ação, o que pode ser atribuído em grande parte à influência de Liebman.

Para Frederico Marques, a diferença entre pressupostos de existência e validade tem pouca relevância prática, sendo todos “pressupostos de admissibilidade da tutela jurisdicional para a composição da lide”²¹³. E prossegue defendendo que os pressupostos processuais, segundo o nosso sistema, são gênero do qual são espécies os

²⁰⁹ *Id.* p. 4. Tradução nossa de: “se precisa saber entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar tal acto.”

²¹⁰ *Id.* p. 7. Tradução nossa de: tiene que comprobar si se da el supuesto de hecho de la relación jurídica procesal (del *judicium*).”

²¹¹ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. pp. 60 e segs.

²¹² *Id.* p. 68.

²¹³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. p. 116.

pressupostos processuais que dizem respeito à validade e à eficácia da relação processual e as condições da ação²¹⁴.

O Código de Processo Civil pátrio refere que há pressupostos de constituição do processo²¹⁵, mas não os elenca. Incumbe à doutrina essa tarefa.

A relação processual, como visto, desenvolve-se entre o Autor, o Estado-juiz e o Réu, em ângulo. A falta de pressuposto relacionada a qualquer um deles, bem como o não-aperfeiçoamento da relação, ocasiona a inexistência do processo.

Quanto ao Autor, deve possuir capacidade e legitimidade processual e capacidade postulatória (*jus postulandi*) e deve deduzir sua pretensão por meio de petição, formulando pedido.

Quanto ao juiz, deve estar investido na função jurisdicional. Se o pedido é dirigido a quem não pode prestar a jurisdição, não há processo.

No terceiro pólo da relação encontra-se o Réu. E, para que haja processo, de forma completa, essencial seja ele integrado, ou chamado a integrar a lide, por meio da citação. Esses os pressupostos, no nosso entender.

Para Bülow, pai da teoria dos pressupostos processuais, são eles:

- “la competencia, capacidad e insospechabilidad del *tribunal*; la capacidad procesal de las *partes* (*persona legitima standi in iudicio* [persona legítima para estar en juicio]) y la legitimación de su *representante*,
- las cualidades propias e imprescindibles de una *materia litigiosa civil*,
- la redacción y comunicación (o notificación) de la *demanda* y la oblicación del actor por las cauciones *procesales*,
- el *orden* entre varios procesos.”²¹⁶

Em sua obra, entretanto, não há distinção clara em pressupostos de existência e validade.

²¹⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. v. II. p. 128.

²¹⁵ Art. 267, IV, do CPC.

²¹⁶ *Op. cit.* p. 5.

Calmon de Passos defende serem três os pressupostos de constituição do processo: existência de órgão com jurisdição, capacidade dos sujeitos serem partes e postulação²¹⁷.

Jorge Luís Dall’Agnol restringe-os à demanda e investidura jurisdicional²¹⁸, assim como Roque Komatsu²¹⁹.

Após o exame dos pressupostos processuais, o juiz deve se deter nos requisitos da relação processual, pertinentes à validade, ao regular desenvolvimento e produção de efeitos. É o segundo degrau da escada que leva ao mérito. A ausência de algum desses requisitos não acarreta a inexistência da relação, mas a invalidade. A relação, embora existente, não deve produzir efeitos.

Os requisitos podem ser divididos em intrínsecos e extrínsecos, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier²²⁰. São intrínsecos:

- juízo absolutamente competente e imparcial (ausência de impedimento);
- capacidade e legitimidade processual;
- citação válida;
- postulação apta.

São extrínsecos:

- inoccorrência de litispendência;
- inoccorrência de coisa julgada;
- inexistência de cláusula compromissória.

E, em um terceiro momento, antes da análise do mérito, surgem as condições da ação, características da teoria eclética da ação, de Liebman, adotada pelo nosso Código de Processo Civil.

²¹⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. p. 270.

²¹⁸ *Op. cit.* p. 33.

²¹⁹ O autor fala em parte que formule pedido e órgão jurisdicional. *Op. cit.* p. 232.

²²⁰ *Op. cit.* p. 40.

Portanto, a falta de condições da ação, a ofensa à coisa julgada e a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal não tornam determinada sentença inexistente. Ao contrário, eventual sentença proferida nessas condições é plenamente existente, sendo viciada no segundo plano, da validade, merecendo ser anulada ou desconstituída.

Elastecer as hipóteses de inexistência da relação processual (que leva à inexistência da sentença) importa em desobedecer a lógica de planos distintos: existência e validade.

Uma sentença proferida, por exemplo, sem que a parte fosse legítima (condição da ação), existe, mas é viciada no segundo plano, da validade, podendo ser atacada pela via rescisória. Ultrapassados os dois anos para o ajuizamento, o vício é sanado e a decisão não pode mais ser atacada. Da mesma forma, se uma sentença posterior ofendeu uma primeira coisa julgada já formada ou baseada em lei declarada inconstitucional.

Portanto, não nos parece ser o elasticimento das hipóteses de inexistência jurídica alternativa ou meio para a relativização da coisa julgada. Fazemos nossas as bem lançadas palavras de Eduardo Talamini, em conclusão:

“Em suma: (1º) a falta de condição da ação não implica a inexistência da sentença de mérito que mesmo assim venha a ser proferida e (2º) de resto, a doutrina ora examinada tende a enquadrar como pertinentes às condições da ação casos que, a rigor, concernem como pertinentes às condições da ação casos que, a rigor, concernem ao mérito. Portanto, parece que há de ser outro o caminho da relativização da coisa julgada.

Portanto, e em que pese o elevado respeito que se tem pela obra dos dois respeitados juristas — aliás, retratado nesse estudo em reiteradas adesões a ensinamentos por eles ministrados —, discorda-se especificamente da tese da relativização da coisa julgada por eles preconizada.”²²¹

Há, ainda, outros entendimentos doutrinários sobre o tema.

²²¹ *Op. cit.* pp. 383-384.

José Delgado²²², sobre a relativização, afirma que as sentenças injustas não poderão transitar em julgado. As seguintes seriam injustas (ofensivas aos princípios da moralidade e da legalidade, atentatórias à Constituição):

- (i) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistir por terem sido falsas as provas em tal sentido;
- (ii) a expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;
- (iii) a originária de posição privilegiada da parte autora que, aproveitando-se de sua própria posição de monopólio e do estado de necessidade do réu, demanda a este por razão de um crédito juridicamente infundado;
- (iv) a baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide;
- (v) a reconhecedora da existência de um fato que não está adequado à realidade;
- (vi) a sentença conseguida graças a um perjúrio ou a um juramento falso;
- (vii) a ofensiva à soberania estatal;
- (viii) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;
- (ix) a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- (x) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e 3º da CF);
- (xi) a que obrigue alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário à lei;
- (xii) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;
- (xiii) a que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação;

²²² *Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais in Coisa Julgada Inconstitucional* (Carlos Valder do Nascimento — coord. pp. 52-54).

- (xiv) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos;
- (xv) a que não permita liberdade na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação;
- (xvi) a que consagra a possibilidade de violação ao Direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas;
- (xvii) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência;
- (xviii) a que impeça alguém de se associar ou de permanecer associado;
- (xix) a que torne nenhuma a garantia do direito de herança;
- (xx) a que inviabilize a aposentadoria do trabalhador;
- (xxi) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou acordo coletivo;
- (xxii) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador;
- (xxiii) a que não conceda a remuneração do trabalhador noturno superior ao diurno;
- (xxiv) a que não permita o gozo de férias anuais remuneradas;
- (xxv) a que não reconheça como brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- (xxvi) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na CF;
- (xxvii) a que permita a brasileiros naturalizados exercerem os cargos de Presidente da República, Presidente da Câmara de Deputados, Presidente do Senado Federal, Ministro do STF, oficial das Forças Armadas e outros cargos (art. 12º, § 3º);
- (xxviii) a que proíba a União executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária — XXI, do art. 21;
- (xxix) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na CF e nas leis específicas;
- (xxx) a que ofenda, nas relações jurídicas de Direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;

- (xxxi) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício;
- (xxxii) a que atente contra os bons costumes, os valores morais da sociedade, que reconheça casamento entre homem e homem, entre mulher e mulher;
- (xxxiii) a que, no trato de indenização de propriedade pelo poder público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização; e
- (xxxiv) a que considere eficaz e efetiva a dívida de jogo ilícito.

E conclui aduzindo que, além dos exemplos anteriormente citados, outras sentenças não terão nunca força de coisa julgada e poderão a qualquer tempo ser desconstituídas, “porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça.”²²³

Apesar de compreendermos a intenção do Ministro José Delgado, do seu ponto de vista discordamos. Parece-nos muito arriscada qualquer tentativa de enumerar casos de injustiça manifesta, além de ser perigosa a abertura de deixar qualquer decisão ofensiva da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça à margem do manto da coisa julgada. Isso porque a própria garantia da estabilidade das decisões judiciais, com a formação da coisa julgada, é assegurada pela Constituição Federal, não se podendo preestabelecer o resultado de suposto conflito entre princípios constitucionais.

Ademais, a atividade jurisdicional é fruto da divisão dos Poderes, não se podendo deixar de cumprir ou desrespeitar decisões judiciais devidamente tomadas ao simples argumento de que contrárias à moralidade ou à Constituição — até porque a última palavra sobre a Constituição e à moralidade é justamente do legislador.

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, partindo da premissa de que “a noção de intangibilidade da coisa julgada no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 475)”, defendem que a sentença baseada em lei inconstitucional é

²²³ *Id.* pp. 54-55.

nula de pleno Direito, podendo, a qualquer tempo, pela gravidade do vício, ser declarada nula. Nas suas palavras:

“3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável. O vício torna, assim, o título inexigível, nos exatos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001; e

4. Não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc*, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de ‘arguição de descumprimento de preceito fundamental’ (Lei nº 9.882/1999, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/1999, art. 27).”²²⁴

Discordamos da visão acima, em primeiro lugar porque as nulidades de pleno direito no Processo Civil são distintas das nulidades de direito material, submetendo-se a normas próprias e não podendo, a qualquer tempo, ser declaradas²²⁵. Ademais, as situações concretas que podem vir a ser afetadas são tantas que não se pode deixar apenas nas mãos do Supremo Tribunal Federal, ao atribuir eficácia *ex nunc* ou *ex tunc* ao julgado de inconstitucionalidade, toda a responsabilidade por prever os efeitos concretos em todos os casos concretos.

²²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle* in *Coisa Julgada Inconstitucional* (Carlos Valder do Nascimento — coord.). pp. 125-126.

²²⁵ Vide nosso *Inexistência, nulidade e irregularidade no processo civil e os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos no direito civil* in *Questões Processuais do Novo Código Civil* (Rodrigo Mazzei — coord.).

Ademais, a não-vinculação a nenhum prazo ou meio para impugnação, no nosso entender, põe a segurança jurídica em risco.

Alexandre Freitas Câmara é mais ponderado e, após reconhecer a necessidade de se relativizar, mesmo sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, admite a possibilidade apenas para o caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado. Nas suas palavras:

“Significa isto dizer que não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgado está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido. A se admitir isso, estar-se-ia destruindo o conceito de coisa julgada, eis que a parte vencida sempre poderia fazer ressurgir a discussão sobre a matéria já definitivamente decidida, ficando qualquer juiz autorizado a reapreciar a matéria. Desapareceria, assim, a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada.

Por tal razão, entendo que apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido por sentença transitada em julgado. Dito de outra maneira, apenas no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado será possível relativizar-se a coisa julgada.”²²⁶

Discordamos do citado autor apenas pelo meio pelo qual admite a impugnação à coisa julgada inconstitucional. Ele defende cabível a ação rescisória, os embargos à execução, a exceção de pré-executividade, e até a *querela nullitatis* (que serviria para declarar a “ineficácia” da sentença transitada em julgado). Parece-nos serem cabíveis os três primeiros remédios, mas não a *querela* como a seguir exposto.

Araken de Assis, em brilhante artigo sobre o tema, reconhece que é uma realidade a tendência à relativização, mas defende que se deve proceder com cautela, não se estendendo a ineficácia dos julgados a quaisquer casos de nulidade. Sobre a regra do artigo 741, parágrafo único, do CPC, o ilustre processualista gaúcho ensina:

²²⁶ *Relativização da coisa julgada material in Coisa Julgada Inconstitucional* (Carlos Valder do Nascimento — coord. pp. 145-146).

“À diferença do que acontece nas hipóteses antecedentes, no entanto, nos quais o vício é inerente ao processo ou a próprio ato, aqui o legislador forçou a mão, pois não excluiu que a pronúncia da inconstitucionalidade seja posterior ao trânsito em julgado. Por conseguinte, não se passa o evento no plano da validade: os vícios de qualquer ato jurídico lhe são contemporâneos, jamais supervenientes. Além disto, a parte final do parágrafo subentende a possibilidade de o vencido argüir nos embargos, inovadoramente, a antinomia entre a aplicação e a interpretação da lei chancelada no pronunciamento e a Constituição.”²²⁷

E ele defende o cabimento de ação rescisória, embargos ou de ação autônoma (se posterior ao prazo para embargos). Interessantíssima e muito pertinente, por fim, a conclusão a que chega o ilustre professor:

“Se a tendência contemporânea de ignorar a indiscutibilidade dos provimentos judiciais, que resume singular atributo da coisa julgada, provocará benefícios ou, ao invés, dissolverá a esperança de resolução rápida e efetiva dos litígios, constitui questão aberta a variadas divagações. No entanto, parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral.”²²⁸

Na doutrina há, ainda, os que afirmam ser impossível a relativização ampla, como Leonardo Greco que, após considerações sobre o nível constitucional da proteção à coisa julgada e ao fato de a coisa julgada posterior do controle concentrado não desfazer a anterior, do caso individual (por serem dois atos de vontade do Estado com as respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos), conclui:

“5. Com essas premissas, parece-me claro que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de

²²⁷ *Eficácia da coisa julgada inconstitucional in Coisa Julgada Inconstitucional* (Carlos Valder do Nascimento — coord. p. 251).

²²⁸ *Id.* p. 261.

normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional.

A segurança jurídica, como direito fundamental, é limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão do STF. O único instrumento processual cabível para essa anulação, quanto aos efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, se ainda subsistir o prazo para a sua propositura.²²⁹

O certo é que há hipóteses que poderiam, em nome principalmente do valor justiça, ensejar a desconsideração da coisa julgada fora das hipóteses legalmente previstas, mas parece-nos não ser aconselhável generalizar e ultrapassar sempre as hipóteses de rescindibilidade, flexibilizando muito a coisa julgada.

Imagine-se, por exemplo, se dois amigos ajuízam duas ações com o mesmo objeto e as soluções meritórias são em sentido absolutamente opostos. Levada ao limite a tese da relativização, em nome de uma suposta isonomia ou igualdade de tratamento ou razoabilidade, as decisões deveriam ser no mesmo sentido. Um poderia, também em nome do ideal de justiça, questionar a coisa julgada formada no seu processo.

Da mesma forma, se o Supremo Tribunal Federal decidir em controle difuso pela inconstitucionalidade de uma lei e já houver uma decisão transitada em julgado declarando constitucional a mesma lei. Mesmo parecendo injusta a primeira decisão, por ser em sentido contrário à posteriormente fixada como paradigma pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode reputá-la injusta e desconstituí-la simplesmente por estar em desacordo com a atual jurisprudência constitucional dominante. A segurança jurídica deve prevalecer e a coisa julgada já formada deve ser respeitada, ainda que sob críticas de injusta e contrária à igualdade de tratamento, sob pena de se ver instaurada a instabilidade das relações sociais.

É sim possível o jogo e o balanceamento entre valores. Aliás, quando se está diante de princípios (por exemplo, igualdade de tratamento de situações, que

²²⁹ *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior.* 09/09/2005. Site: www.mundojuridico.adv.br, consultado em 21/07/2006.

poderia levar à relativização, e da coisa julgada), é possível que haja a desconsideração de um em nome de outro sem que haja o desrespeito de um ou outro.

Seguindo as lições de Ronald Dworkin, nesse ponto, é possível, inclusive, adotar um critério de distinção lógica entre os princípios e as regras jurídicas. Aqueles não se aplicam automática e necessariamente quando as condições se realizam, podendo vir a ser desconsiderados ou mitigados. Por outro lado, as regras são aplicáveis por completo ou não. Uma vez preenchidos os pressupostos de fato ao qual ela se refere (*tatbestand*), ela deve ser aplicada. Nas suas palavras:

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”²³⁰

Desse critério de distinção, deriva outro, o da dimensão do peso ou importância. Os princípios possuem, as regras não. Se duas regras entram em conflito (antinomia), uma não é válida, e vai-se escolher qual deve ser abandonada ou reformulada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras, externas (por exemplo, a mais recente ou a mais específica). Até por isso, as regras devem ter linguagem e textura mais abertas, pois não se visualiza quando de sua elaboração todas as hipóteses em que é aplicável.

Os princípios, por sua vez, têm a dimensão do peso ou importância, podendo ser mitigados em determinadas situações. Segundo Dworkin:

“Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito

²³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 39.

de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”²³¹

Assim, mesmo podendo os princípios ser mitigados em determinadas circunstâncias, não nos parece aconselhável preestabelecer hipóteses de relativização da coisa julgada. E mesmo a análise caso a caso é delicada, pois o próprio sistema está ajustado para absorver certas sentenças injustas e que desrespeitem o princípio da igualdade.

O valor segurança jurídica, estampado na Constituição Federal no princípio do respeito à coisa julgada (que tem sim nível constitucional por disposição expressa), se desconsiderado com frequência em nome de outros princípios ou valores, pode trazer, para a realidade, a insegurança jurídica e causar a instabilidade das relações sociais. O risco, a princípio, parece ser muito maior se privilegiados outros princípios ou valores que não o da segurança jurídica e do respeito à coisa julgada.

Sentenças aberrantes e teratológicas devem ser coibidas, mas parece-nos que se deve, sem criar ou inventar soluções à margem da lei (que, repita-se, é feita para trazer segurança jurídica), buscar alternativas dentro do sistema de normas existentes e sem fugir à boa técnica processual. Do mesmo sentir parece ser Sérgio Bermudes, defendendo que se deve pensar em alternativas mas sem extrapolar em muito os limites do direito posto:

“Todavia, impossível o uso dos meios de impugnação por causa da preclusão, como se haverá de proceder? Infelizmente, não se consegue traçar a linha divisória entre as sentenças aceitáveis e aquelas outras cuja eficácia não se pode condescender. O que será, por exemplo, uma condenação teratológica e outra, errônea, porém tolerável. De quais elementos deverão se servir os operadores da máquina judicial, postulantes ou prestadores da administração da justiça, para identificar a existência de um julgado dramaticamente contrário à lei? Valerá a ação de nulidade (a *querela nullitatis* sobreviva) com todos os inconvenientes destacados nestas linhas. A coisa julgada só é nula quando ferir, diretamente, a Constituição, ou também padecerá desse vício, se apenas contrária à lei?

²³¹ *Id.* pp. 42-43.

Sem dúvida, devem se aperfeiçoar os meios hábeis a prevenir as sentenças aberrantes. Um deles será aumentar a qualidade da jurisdição, porque, como mostra a experiência, o fator determinante da prestação jurisdicional escandalosa é a precariedade em todos os níveis, materiais, humanos, morais, de exercício da função estatal de fazer justiça.”²³²

inconstitucionalidade pelo Supremo; quando uma norma, posteriormente, vem a ser declarada inconstitucional pelo Supremo ou vem a ser posteriormente retirada do ordenamento pelo Senado Federal; quando uma norma não veio ainda a ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal).

- (ii) *sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição* (quando o Supremo Tribunal Federal já declarou no controle concentrado a correta interpretação; quando o STF declara posteriormente a correta interpretação; quando o juiz interpreta o comando, mas não existe interpretação conforme do STF).
- (iii) *sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma* (quando o juiz não aplica a norma por entendê-la equivocadamente inconstitucional).
- (iv) *sentença amparada na violação direta de normas constitucionais cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais* (quando o juiz não aplica norma constitucional).
- (v) *sentença que estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional* (quando o juiz, por exemplo, profere uma sentença sobre paternidade antes da época do exame de DNA, que posteriormente é feito — eventual ofensa à dignidade humana).

De plano, anote-se que nenhuma dessas hipóteses pode ser enquadrada na de inexistência jurídica. Todas as sentenças proferidas nos casos antes enumerados existem, estando eventual vício no segundo plano, o da validade (nulidade).

Consoante já exposto, se a sentença foi proferida por magistrado em resposta à postulação formulada pela parte e houve a citação (que é pressuposto de existência da relação processual quanto ao réu, apenas), ela existe. Eventuais outros defeitos não afetam, dessa forma, a sua existência, mas podem apenas afetar (se afetarem) a sua validade. A princípio, todas essas sentenças anteriormente enumeradas fazem a coisa julgada material (até porque eventual nulidade dependeria de decretação judicial).

Na primeira hipótese (i), se a norma ainda não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em controle concentrado ou não foi suspensa pelo Senado após declarada em controle difuso), a sentença anteriormente proferida com base na norma é existente e válida. Formada a coisa julgada, se a norma na qual se basou a sentença vem a ser declarada inconstitucional (em controle concentrado ou difuso após suspensão pelo Senado), cumpre analisar, em primeiro lugar, se os efeitos são *ex nunc* ou *ex tunc*.

Isso porque, no Direito Brasileiro, tradicionalmente, firmou-se a concepção de eficácia *ex tunc*. A lei declarada inconstitucional em controle abstrato é declarada nula desde sempre, como se tivesse nascido viciada, não devendo produzir efeitos. Note-se que, inicialmente, o Supremo Tribunal Federal deveria comunicar ao Senado Federal que suspenderia ou não a execução da lei. Hoje, todavia, não resta dúvida quanto à imediata eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade (artigo 28, da Lei 9688/99).

Mas, acompanhando a necessidade da prática jurisprudencial, o legislador autorizou, no artigo 27, da Lei n° 9688/99, que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Ou seja, o alcance da nulidade dependerá do caso concreto, consoante decidir o Supremo Tribunal Federal. Sobre ser nula a norma declarada inconstitucional, J.J. Gomes Canotilho, à luz da Constituição Portuguesa destaca:

“A reacção ou sanção típica da ordem constitucional portuguesa contra a inconstitucionalidade dos actos normativos é a sanção da **nulidade**. Um acto normativo que não preenche os requisitos materiais,

formais, orgânicos e procedimentais estabelecidos pela Constituição é um acto *inválido*, totalmente improdutivo (*nulidade absoluta*). Neste sentido aponta claramente o art. 282/1.”²³⁴

E Gilmar Ferreira Mendes sobre a atribuição de efeitos à declaração, à luz da nossa legislação, bem observa:

“Coerente com a evolução constatada no direito constitucional comparado, o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27). Assim, o princípio da nulidade somente será afastado *in concreto* se, a juízo do próprio Tribunal, se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional.

Dessa forma, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (2/3 dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g., lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Como se vê, o art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, introduziu significativa alteração no sistema de técnica de controle de constitucionalidade brasileiro.”²³⁵

A legislação, portanto, autoriza a atribuição de eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal ponderar os valores envolvidos e concluir num ou noutro sentido.

²³⁴ *Op. cit.* pp. 945/946.

²³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. p. 332.

Já no caso do controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar inconstitucional a norma, para que a decisão passe a ter eficácia *erga omnes*, deve comunicar ao Senado Federal (o que foi introduzido pelo legislador de 1934) que suspenderá a execução da lei declarada inconstitucional (artigo 52, X, da atual CF).

A declaração *incidenter tantum* produz, no caso concreto, efeito *ex tunc*. O Senado Federal, todavia, poderá suspender a norma (no todo ou em parte) e atribuir eficácia *erga omnes* à norma — o poder é transferido ao Senado Federal²³⁶.

A questão relativa aos efeitos *ex tunc* e *ex nunc* no controle difuso é polêmica, até pelo fato de o Senado Federal não costumar, ao suspender a norma, tomar essa decisão. A doutrina mais atual, na linha da jurisprudência nascente, tem entendido que adequada solução é atribuir ao Supremo Tribunal Federal o poder de, mesmo a partir do caso concreto, atribuir um ou outro efeito, principalmente considerando a necessidade de, em alguns casos, haver a limitação dos efeitos. Gilmar Ferreira Mendes, no ponto, destaca:

“É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se

²³⁶ A propósito, válido observar que a atribuição do poder ao Senado Federal para suspender a lei é questão com desdobramentos polêmicos e controvertidos. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal declara a lei inconstitucional e, em tese, somente após a suspensão dos efeitos pelo Senado é que a nulidade da lei é efetivamente reconhecida (quanto aos efeitos concretos *erga omnes*). Gilmar Ferreira Mendes bem destaca que, hoje, parece legítimo entender que “a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, pois “se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Fede

aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.”²³⁷

Note-se, por oportuno, que, no Direito Norte-americano, o modelo do controle difuso combinado com o *stare decisis* faz com que os precedentes se tornem vinculantes. Ou seja, declarada inconstitucional a norma, no caso concreto, pela aplicação do precedente, os efeitos estendem-se para além da decisão.

Se os efeitos são *ex nunc*, a sentença anterior existe, é válida e pode continuar a produzir normalmente seus efeitos, acobertada pela eficácia da coisa julgada, pois a lei foi retirada do ordenamento, mas a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a coisa julgada já formada pode e deve produzir seus efeitos, já que a decisão foi tomada enquanto em vigor pleno a norma.

Se os efeitos são *ex tunc*, a sentença anterior existe, mas tem a sua validade comprometida em razão da perda de seu objeto (pois a lei que serviu de base a ela foi retirada do ordenamento jurídico desde então). Essa validade é comprometida pela perda de uma condição da ação (possibilidade jurídica do pedido). Assim, essa sentença pode vir a ser rescindida, quer em razão da (im) possibilidade jurídica do pedido quer por violação à norma constitucional que serviu de fundamento para o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional base da sentença.

Ultrapassado o prazo para a ação rescisória, se o processo estiver em grau de execução (ou cumprimento de sentença), pode ser apresentada impugnação à

geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*.” (*Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. p. 280).

²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. p. 298.

execução (que tomou o lugar dos embargos à execução, exceto na execução contra a Fazenda Pública) e até mesmo ajuizada ação rescisória posterior contra a decisão no cumprimento de sentença (ou em execução), por ofensa ao dispositivo constitucional que serviu de base para a declaração de inconstitucionalidade e por ofensa à coisa julgada, para se declarar a nulidade posterior do título, por inconstitucional. Isso porque, repita-se, ocorre a perda de objeto da decisão exequenda (pois a execução é uma continuação do processo de conhecimento e objetiva dar cumprimento a uma decisão já sem base).

A arguição em execução ou em cumprimento de sentença, repita-se, deve-se dar pela impugnação (embargos), consoante será a seguir melhor notado, por força de expressa disposição de lei e em nome da segurança jurídica. Se o prazo já tiver passado, anota Eduardo Talamini, ainda à luz dos dispositivos legais anteriores à Lei nº 11.232/2005:

“Por outro lado, convém frisar que se o pronunciamento do Supremo vier a se dar depois de decorrido o prazo para embargos à execução (i.e., ‘embargos de primeira fase’) na execução por quantia certa, o fundamento *ex art. 741, parágrafo único*, poderá ainda ser veiculado em ‘embargos de segunda fase’ (embargos à arrematação ou à adjudicação).”²³⁸

Se o cumprimento de sentença ou a execução já tiverem sido extintas, os efeitos forem *ex tunc* e já ultrapassado o prazo para a ação rescisória, nada mais pode a parte fazer quanto aos efeitos pretéritos. Apenas pode, valendo-se do artigo 471, do CPC, se a relação for continuativa, em razão da alteração do estado de fato, pedir a revisão do julgado para a frente (mas não para o passado, o que mostra o reconhecimento da eficácia da coisa julgada). Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre o alcance do artigo 471, do CPC, explicam:

“A coisa julgada material se forma sobre a sentença de mérito, mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas. Essa sentença, ‘que aprecia um feito cujo suporte é constituído por relação dessa natureza, atende aos pressupostos do tempo em que foi proferida, sem, entretanto, extinguir a

²³⁸ *Op. cit.* p. 476.

própria relação jurídica, que continua sujeita às variações de seus elementos (...). Isto porque essa sentença traz ínsita a cláusula *rebus sic standibus*, de sorte que, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma *nova* ação, isto é, com nova causa de pedir próxima (fundamentos de fato) ou nova causa de pedir remota (fundamentos de direito). Não se trata de ‘repropositura’ da mesma ação anterior, cuja sentença de mérito foi acobertada pela autoridade da coisa julgada, mas sim de ‘propositura’ de ação nova, fundada em novos fatos ou em novo direito. O preceito, portanto, nada tem a ver com a intangibilidade da coisa julgada material, que se mantém intacta. Aliás, essa circunstância, antes de ofender à coisa julgada, na verdade, expressamente a reconhece.”²³⁹

Essencial, no ponto, referir o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes que, após constatar que a lei inconstitucional é considerada nula, no plano do ato singular (e não no plano do ato normativo), defende que se devem utilizar as chamadas fórmulas de preclusão, analisando os limites à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade. Para tanto, o citado professor traz o ensinamento do Direito Italiano:

“Assim, sustenta Zagrebelsky, em relação ao sistema italiano, que tanto o decurso dos prazos de decadência ou de prescrição quanto o advento da coisa julgada impõem limites à eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade (*La giustizia costituzionale*, p. 172-3). O problema da eficácia *ex tunc* está inteiramente vinculado à possibilidade de impugnação dos atos singulares, não tendo, por isso, natureza constitucional. A amplitude da eficácia *ex tunc* é definida em lei. Dessa forma, pôde o legislador italiano conferir significado amplo à declaração de inconstitucionalidade da lei no âmbito do direito penal, negando qualquer efeito à sentença penal condenatória calcada em lei inconstitucional (Lei n° 87, de 1953, art. 30) (Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, p. 174).”²⁴⁰

²³⁹ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. p. 615.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. p. 256.

E, em conclusão, sobre as formas de impugnar a coisa julgada inconstitucional, considerando os limites que devem ser observados relativos aos casos concretos, o ilustre professor de Brasília (ainda antes da Lei nº 11.232/2005, que alterou o CPC, criando, ao lado dos embargos à execução nas execuções contra a Fazenda Pública, a impugnação contra o cumprimento de sentença) alerta para a impugnação apenas em rescisória ou em embargos à execução:

“Assim sendo, ressalvada a hipótese de uma declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (art. 27 da Lei nº 9.868/99), a declaração de inconstitucionalidade (com eficácia *ex tunc*) em relação a sentenças já transitadas em julgado poderá ser invocada, eficazmente, tanto em ação rescisória como nos embargos à execução.”²⁴¹

Portanto, em havendo a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc*, a parte dispõe de ação rescisória contra a decisão no processo de conhecimento, de embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e de simples petição na execução. Finalizada a fase executória e ultrapassado o prazo para a rescisória, nada mais pode ser feito, mas, apenas, o pedido de revisão no que toca a eventual produção continuada de efeitos para o futuro.

Com Cármen Lúcia Antunes Rocha, concordamos em parte, apenas não quanto ao cabimento da *querela nullitatis* (que serve, no nosso entender, para declarar a inexistência — o *nullo*, do Direito romano, relacionava-se mais à inexistência):

“Parece, pois, perfeitamente pertinente a via da ação rescisória, se havida a declaração de inconstitucionalidade antes de exaurido o prazo processual legalmente estatuído (art. 495, do Código de Processo Civil), pela via de embargos à execução, fundada em inexigibilidade do título exequendo (art. 741, II, e parágrafo único, do Código de Processo Civil), ou, ainda, em qualquer tempo, pela *actio querela nullitatis*, tida como subsistente no direito brasileiro, pela jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil.”²⁴²

²⁴¹ *Id.* p. 337.

²⁴² *O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade in Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence* (Cármen Lúcia Antunes Rocha — org. p. 187).

Isso porque a ilustre professora tem entendimento mais amplo e flexível, em nome de “princípios maiores” de “justiça, dignidade e liberdade”, defendendo que o vício da inconstitucionalidade é inconvalidável e sempre alegável, com o que discordamos em nome de um mínimo de segurança jurídica que deve ser resguardado, obtida através de pronunciamento judicial estampado em uma decisão judicial. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra.

De qualquer sorte, a corroborar para a possibilidade de arguição da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da execução, ultrapassando e desconstituindo o óbice da coisa julgada, foi a recente alteração (aliás, na linha de anterior Medida Provisória nº 2180-35/2001) implementada pela Lei nº 11.232/2005, que alterou o parágrafo único do artigo 741, agora dedicado às execuções contra a Fazenda Pública, segundo o qual é possível embargar à execução para alegar a inexigibilidade de título “judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Ademais, no cumprimento das sentenças em geral (atual nome da antiga “execução de sentença”), conforme o artigo 475-L, § 1º, do CPC, também acrescentado pela Lei nº 11.232/2005, a impugnação poderá versar sobre a inexigibilidade do título e considera-se “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”.

Essas alterações retratam a ponderação de valores feita pelo legislador — em determinado momento, é mais importante privilegiar os poderes dos magistrados na execução, ultrapassando e em detrimento da coisa julgada anteriormente formada (que tem assento constitucional), em nome de afirmar a supremacia da própria Constituição (contrariada pela norma aplicada no processo originário).

Ou seja, se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de norma (em controle concentrado ou em difuso, havendo a suspensão da norma pelo Senado Federal), desaparece a base da sentença já transitada em julgado e a matéria

pode ser apontada originariamente na execução (cumprimento de sentença), que será extinta, com o acolhimento dos embargos ou impugnação.

E, da mesma forma, havendo a interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria constitucional (segunda hipótese aventada — ii), se a sentença que fez coisa julgada é em sentido contrário, pode haver a arguição em embargos à execução ou em impugnação. Não é qualquer interpretação, mas aquela adotada em controle concentrado de constitucionalidade (interpretação conforme ou declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto).

A propósito, válido lembrar que tanto a interpretação conforme como a declaração sem redução de texto são hipóteses mais recentes de controle concentrado na jurisprudência nacional. A interpretação conforme justifica-se pela necessidade de, em nome da supremacia da Constituição e do papel do Supremo Tribunal Federal, fazer-se valer a interpretação do intérprete qualificado que torne a norma, sem dúvida, em conformidade com a Carta Fundamental.

Apesar de encontrar limites na vontade do legislador (não podendo contrariar expressamente a norma), a interpretação conforme evoluiu de uma construção jurisprudencial até virar norma expressa no artigo 28, parágrafo único, da Lei 9868/99, segundo o qual “a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante”.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é outra técnica que evoluiu jurisprudencialmente. Por ela, o Tribunal declara que determinada norma é constitucional desde que excluídas algumas hipóteses de aplicação, sem que seja produzida qualquer alteração expressa do texto legal. E, assim como a interpretação conforme, essa modalidade suscita dúvidas, como a da forma de conclusão do julgado — pela procedência ou improcedência da ação de inconstitucionalidade?²⁴³.

Há muitas dúvidas, ainda, sobre a equivalência das duas hipóteses (afastada, inicialmente, pelo legislador ordinário ao tratar da categoria como distintas). Gilmar Ferreira Mendes adverte para os riscos e conclui que são hipóteses diferentes:

²⁴³ A tendência do STF tem sido a de julgar pela improcedência. Vide Rp. 1417 — Rel. Min. Moreira Alves.

“Ainda que não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação (Anwendungsfälle)* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).²⁴⁴

No capítulo próprio, analisar-se-á a possibilidade de o termo interpretação abranger também a jurisprudência vinculante consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Mas, e é importante que isso fique claro, a sentença que fez coisa julgada só será atingida pela declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal se ela estiver baseada na norma inconstitucional e não puder se sustentar por outro fundamento autônomo. E Eduardo Talamini também bem lembra que não há nenhum requisito de prequestionamento ou algo semelhante:

“Por outro lado, não parece ser necessário que a questão constitucional tenha sido efetivamente enfrentada no processo em que se formou o título. Não se põe nenhum requisito de ‘prequestionamento’ ou coisa que o valha. Reitere-se que o instrumento *ex art. 741, § ún.*, diferentemente dos recursos especial e extraordinário, não tem a finalidade de uniformizar os pronunciamentos judiciais. Importa é que solução adotada pela sentença constitutiva do título seja absolutamente incompatível com a posição do

²⁴⁴ *Op. cit.* pp. 354-355.

Supremo a respeito de uma questão constitucional, posição essa externada em uma das hipóteses antes vistas.”²⁴⁵

Certo de que pode haver o acolhimento dos embargos ou da impugnação para extinguir a execução e para desconstituir a decisão do processo originário (transitado em julgado), indaga-se, se o resultado for condenatório, qual prevalecerá (juízo rescisório). Por exemplo, se a defesa tinha vários fundamentos (a não-incidência do tributo por questões fáticas e a inconstitucionalidade da norma que prevê o tributo).

Parece-nos que a solução mais razoável é a de, após a desconstituição da decisão, autorizar o ajuizamento de nova ação, partindo da premissa da inconstitucionalidade da norma e levantando outros argumentos. Isso porque não se pode atribuir ao juízo da execução (em autos de embargos), muito embora haja a desconstituição da decisão no processo originário, o poder de proferir nova decisão de outra natureza (que não a executória).

Se ultrapassado o prazo para impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução, consoante já sinalizado, sem que a matéria tenha podido ser argüida (porque o Supremo Tribunal Federal decidiu posteriormente pela inconstitucionalidade), resta a ação rescisória contra a decisão no processo de conhecimento ou no “de execução”, por ofensa ao dispositivo que serviu de base para a declaração de inconstitucionalidade e por ofensa à coisa julgada. Isso porque o título tornou-se inexigível pela perda da base normativa da sentença exequenda transitada em julgado tem o condão de levar à extinção do processo.

Por fim, vale anotar que nas hipóteses de pronunciamentos que independem de posterior realização prática (auto-executáveis), como os constitutivos e declaratórios, o remédio da impugnação ou dos embargos ou de petição na execução não poderão ser utilizados, simplesmente por inexistir a via processual (e a execução é uma continuação do processo, para a consecução do fim estampado na sentença). A única alternativa será, portanto, a de ajuizamento de ação rescisória.

Ultrapassado o prazo da rescisória (assim como se a execução ou fase de cumprimento da sentença já tiver sido extinta), não resta nenhum outro remédio para fazer valer o entendimento do Supremo Tribunal Federal como fundamento para a

²⁴⁵ *Op. cit.* p. 467.

desconstituição do julgado, a não ser quando a relação for continuada (e produzir efeitos constantes para o futuro), pedir a revisão do julgado (com fundamento no artigo 471, do CPC).

Nem se diga que seria possível o ajuizamento de ação autônoma (com eventuais mesmos argumentos dos embargos à execução), pois incabível a *querela nullitatis* (por não se tratar de hipótese de inexistência) e por existir instrumento e tempo próprio para atacar a coisa julgada eivada de vício no plano da nulidade (a ação rescisória).

A hipótese (ii) de sentença amparada em interpretação incompatível com a Constituição já foi referida acima. Isso porque, a técnica atual de controle de constitucionalidade, enquadra a interpretação conforme a constituição como uma espécie.

Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal interpretar conforme a Constituição e a interpretação feita pela decisão transitada em julgado dela divergir, cabíveis tanto a rescisória como a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos à execução, consoante exposto anteriormente. Isso mesmo se à época da prolação da decisão não tiver a Suprema Corte emitido juízo explícito sobre a (in) constitucionalidade. Isso porque, a norma, ou melhor, a interpretação equivocada da norma é expungida do ordenamento jurídico.

Na hipótese (iii) de sentença proferida com base em indevida afirmação de inconstitucionalidade pelo juiz, que não aplica a norma por entendê-la equivocadamente inconstitucional, deve-se tentar a rescisão e reforma da decisão pela via própria da ação rescisória. Nesse caso, a não ser que o STF (i e ii) declare inconstitucional a norma, não há matéria para ser impugnada em execução de sentença ou por embargos à execução (por não haver a norma sido excluída do ordenamento pelo STF ou Senado e por falta de previsão legal).

A hipótese (iv) é a de a sentença estar amparada na violação direta de normas constitucionais cujo dispositivo viole-as diretamente, ou seja, se o juiz viola, na decisão, direito assegurado pela Constituição em norma auto-aplicável. Nesse caso, cabível a ação rescisória para atacar a decisão que ofendeu norma legal, não sendo possível argüir a matéria em embargos à execução ou impugnação.

E, por fim, há a hipótese (v) da sentença que estabelece ou declara uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional, v.g., se a sentença não reconhece a paternidade antes da época em que possível a realização de exame de DNA que, posteriormente, é feito e o resultado é contrário à conclusão da sentença. Nesse caso, pode-se defender que o resultado da sentença é incompatível com o princípio da dignidade humana e que, portanto, cabível o ajuizamento de ação rescisória (e não de alegação em eventual execução ou cumprimento de sentença). Ultrapassado o prazo decadencial, no nosso entender, nada pode ser feito.

As observações feitas acima aplicam-se à ação declaratória de constitucionalidade, pois a declaração de constitucionalidade é de “mão dupla” — ajuizada a ação declaratória de constitucionalidade, se julgada improcedente, a norma será declarada inconstitucional. Da mesma forma, se ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade, a improcedência leva à declaração de constitucionalidade. Tanto é assim que a Emenda Constitucional 45/2004 corrigiu antiga falha do artigo 103, da Constituição, e previu um único rol de legitimados para uma ou outra ação.

Assim, não é toda e qualquer decisão já transitada em julgado baseada em norma tida por inconstitucional no caso concreto que será atingida, por exemplo, por uma declaração de constitucionalidade abstrata do Supremo Tribunal Federal. Deve-se, no caso, ater-se ao prazo da rescisória e à possibilidade de argüição, nas hipóteses legais, em eventual execução ou cumprimento de sentença.

Inteligente, a merecer referência, a solução dada pela legislação portuguesa. Por regra, a decisão declaratória de inconstitucionalidade não pode retroagir para afetar a coisa julgada. Nas palavras de J.J Gomes Canotilho, destacando que a coisa julgada também protege um valor constitucional básico do Estado de Direito:

“Quando a Constituição (art. 282/3) estabelece a **ressalva dos casos julgados**, isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são *nulas* nem *revisíveis* em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram *força de caso julgado*. Daqui se pode concluir também que a

declaração de inconstitucionalidade não tem um *efeito constitutivo* da intangibilidade do caso julgado. Como atrás se pôs em relevo, em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de direito.”²⁴⁶

Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade não atinge as situações juridicamente consolidadas, mas, apenas, as coisas julgadas em matérias de ilícitos penais, disciplinares e de mera ordenação social quando for o caso de tratamento mais favorável aos indivíduos sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenatórias, e desde que haja a revisão da sentença transitada em julgado pelo Tribunal competente. Nas palavras do professor português:

“A exceção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroactivos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroactiva das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional.”²⁴⁷

Outra ação constitucional relevante é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no artigo 102, § 1º, segundo o qual: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

E a Lei n° 9882/99, que a regulamenta, prevê, no artigo 1º, que “a arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e, no parágrafo único, que será cabível também “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Trata-se também de processo de controle objetivo, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, pelo qual resolve-se questão constitucional,

²⁴⁶ *Op. cit.* p. 1002.

²⁴⁷ *Id.* p. 1003.

assim como na ação direta, verificando a compatibilidade de um ato ou omissão com as normas constitucionais (preceitos fundamentais). E ela pode ser manejada para resolver controvérsias constitucionais sobre a constitucionalidade do Direito federal, do Direito estadual e também do direito municipal. A principal distinção com a ação direta de inconstitucionalidade e com a declaratória de constitucionalidade está no cabimento limitado ao descumprimento não de qualquer norma constitucional, mas de preceito fundamental e, também, quanto à subsidiariedade (só é cabível quando não houver outra medida, nos termos do § 1º, do artigo 4º da Lei).

Grande importância da arguição está no fato de ela vir a ser formulada em vista de controvérsia concreta em processos judiciais para que o Supremo Tribunal Federal dê solução geral e com força vinculante. Ainda que *in concreto* ela produza efeitos, por ser um processo objetivo que pode ser instaurado por pedido dos legitimados para a ação direta, a intenção é a de, em razão do interesse geral no assunto, resolver de uma vez por todas a controvérsia envolvendo a compatibilidade com norma constitucional fundamental.

E a decisão que declarar a inconstitucionalidade, nos termos da Lei 9882/99 (artigo 11) poderá ter eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*, retirando desde sempre ou apenas a partir de determinado momento a norma inconstitucional do ordenamento. Aplica-se, quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, dessa forma, toda a argumentação desenvolvida quando da análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (pela ADIn) nos casos concretos que tenham transitado em julgado e formado coisa julgada.

Pode-se cogitar, ainda, da utilização da arguição de descumprimento para atacar a coisa julgada após o prazo da rescisória, o que é possível, visto que a lei não faz nenhuma restrição ou estabelece prazo para o exercício da arguição. Logicamente, por se tratar de processo objetivo, apenas os legitimados poderão ajuizá-la e, ainda, apesar de poder ter origem em caso(s) concreto(s), o seu objetivo principal não é o de resolver uma ou outra controvérsia concreta, mas, sim, o de apreciar eventual descumprimento (pelo Direito federal, estadual ou municipal) de preceito constitucional fundamental.

Mas o certo é que, não obstante a intenção principal não seja a de resolver o caso concreto, como a partir de uma decisão (até já transitada em julgado), uma vez constatada a relevância da questão, pode haver a demonstração de que

determinada norma é inconstitucional (por desrespeitar preceito fundamental), a argüição pode atingir a coisa julgada particular. Luiz Guilherme Marinoni sobre o assunto destaca que:

“Identificou-se aqui mais um meio *típico* de revisão da coisa julgada, inconfundível com a via geral da ação rescisória. Trata-se, porém, de instrumento extremamente excepcional. Restringe-se às mais graves hipóteses de ofensa à Constituição, o ‘descumprimento de preceito fundamental’. Depois, parece indispensável, ademais, que o caso revista-se de relevância coletiva — a ponto de justificar o emprego de instrumento de controle objetivo. Some-se a isso o requisito da subsidiariedade, que afastará o cabimento da argüição toda vez que houver outro meio eficaz de impugnar a sentença transitada em julgado.”²⁴⁸

No nosso entender, todavia, a decisão transitada em julgado que serviu de fundamento para a argüição será atingida da mesma forma que outras tantas (uma vez que a norma inconstitucional pode ser eliminada do ordenamento — com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*). Ou seja, também por esse argumento, além do estrito rol de legitimados, a argüição, apesar de poder atingir a coisa julgada, não se destina à específica e típica impugnação de casos concretos.

Como síntese e conclusão do que exposto sobre a possibilidade de “relativização” da coisa julgada, somos da opinião de que as hipóteses devem ser limitadíssimas. Ampliar demasiadamente os casos de inexistência processual, elastecer o prazo decadencial da rescisória, admiti-la para corrigir simples injustiças ou admitir que qualquer manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade de lei pode atingir coisas julgadas, apesar da opinião dos mais respeitados professores e doutrinadores, parece-nos não ser aconselhável.

Isso porque não se deve perder de vista que a relativização da coisa julgada importa em descon sideração do princípio da segurança jurídica. É certo que não há parâmetros que possam ser preestabelecidos quando em choques valores relevantes como a segurança e a justiça de uma decisão. Sobre a ponderação de valores na Constituição, Gilmar Ferreira Mendes ensina:

²⁴⁸ *Op. cit.* p. 510.

“Embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes *pesos* numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição como complexo normativo unitário e harmônico. Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.”²⁴⁹

Mas deve-se ter em mente que desconsiderar de forma exagerada a coisa julgada importa em desrespeitar a segurança jurídica e a conseqüente (e fundamental) estabilidade das relações sociais, além dos princípios da divisão dos Poderes e da legalidade (artigos 2º e 5º, II, da Constituição Federal).

Assim, apenas dentro das hipóteses legais (ação rescisória, embargos à execução, impugnação ao cumprimento da sentença e revisão quando alterado o estado de fato) e considerando o alcance da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (quando a norma pode vir a ser retirada do ordenamento jurídico) pode haver certa relativização. Caso contrário, em nome de um ideal de justiça ou de respeito às decisões da Suprema Corte, coloca-se em risco valor fundamental do sistema — a segurança — que inspira princípio constitucional — a segurança jurídica.

Por oportuna, merece transcrição a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, na linha do defendido no presente tópico:

EMENTA.

“AÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA.

1. SERIA TERRIFICANTE PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO QUE FOSSE ABANDONADA A REGRA ABSOLUTA DA COISA JULGADA QUE CONFERE AO PROCESSO JUDICIAL FORÇA PARA GARANTIR A CONVIVÊNCIA SOCIAL, DIRIMINDO OS CONFLITOS EXISTENTES. SE, FORA DOS CASOS NOS QUAIS A PRÓPRIA LEI RETIRA A FORÇA

²⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. p. 80.

DA COISA JULGADA, PUDESSE O MAGISTRADO ABRIR AS COMPORTAS DOS FEITOS JÁ JULGADOS PARA REVER AS DECISÕES, NÃO HAVERIA COMO VENCER O CAOS SOCIAL QUE SE INSTALARIA. A REGRA DO ART. 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL É LIBERTADORA. ELA ASSEGURA QUE O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO COMPLETA-SE COM O ÚLTIMO JULGADO, QUE SE TORNA INATINGÍVEL, INSUSCETÍVEL DE MODIFICAÇÃO. E A SABEDORIA DO CÓDIGO É REVELADA PELAS AMPLAS POSSIBILIDADES RECURSAIS E, ATÉ MESMO, PELA ABERTURA DA VIA RESCISÓRIA NAQUELES CASOS PRECISOS QUE ESTÃO ELENCADOS NO ART. 485.

2. ASSIM, A EXISTÊNCIA DE UM EXAME PELO DNA POSTERIOR AO FEITO JÁ JULGADO, COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, RECONHECENDO A PATERNIDADE, NÃO TEM O CONDÃO DE REABRIR A QUESTÃO COM UMA DECLARATÓRIA PARA NEGAR A PATERNIDADE, SENDO CERTO QUE O JULGADO ESTÁ COBERTO PELA CERTEZA JURÍDICA CONFERIDA PELA COISA JULGADA.

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.” (STJ — RESP 107248/GO. Terceira Turma. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ de 29/06/98).

3. A vinculação das decisões judiciais

3.1. A *common law* e a vinculação pelos precedentes

3.1.1. Referência histórica ao surgimento e desenvolvimento da *common law* e do *stare decisis*

Identifica-se, no Direito, famílias ou sistemas, entre os quais se destacam, por principais, a romano-germânica e a do *common law*, formada pelos juízes que tinham de resolver casos particulares, formulando regras concretas para solucionar determinado litígio desenvolvido em um processo, não regras abstratas de conduta para o futuro. A concepção de Direito nos países que adotam a *common law* é, assim, absolutamente distinta da dos países do sistema romano-germânico.

Esse sistema desenvolveu-se na Inglaterra, e foi adotado também pelos países que tiveram seu Direito modelado pelo inglês. Segundo John Gilissen:

“Dá-se o nome de *common law* ao sistema jurídico que foi elaborado em Inglaterra a partir do século XII pelas decisões das jurisdições reais. Manteve-se e desenvolveu-se até aos nossos dias, e além disso impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, designadamente nos Estados Unidos, Canadá, Austrália, etc.”²⁵⁰

O sistema da *common law* está, desde a origem, ligado ao poder real, e é marcado, principalmente, pela ação dos Tribunais Reais de Justiça.

Não há como estudar esse sistema desvinculado da história do Direito Inglês, ao qual esteve sempre ligado, de forma exclusiva, principalmente até o século XVIII.

A Inglaterra foi conquistada pelos Normandos em 1066, momento a partir do qual a doutrina mais explora a história do Direito Inglês, até porque mais significativo.

²⁵⁰ *Op. cit.* p. 207.

Mas as primeiras experiências da Inglaterra com o Direito ocorreram durante os quatro séculos de ocupação romana, iniciadas por Júlio César no verão do ano 55 a.C..

Com a consolidação do domínio romano na Inglaterra, o que ocorreu gradativamente até o século I d.C., o sistema legal romano foi imposto. Originalmente, o Direito Romano aplicava-se aos cidadãos romanos, mas, com o passar do tempo, foi estendido aos “peregrini” ou cidadãos livres das localidades dominadas.

Cada cidade tinha os seus próprios magistrados que exerciam sua jurisdição, inclusive sobre os territórios fronteiriços e proclamavam as normas, em especial as procedimentais, que seriam observadas naquela circunscrição. Anthony Babington reconhece a autoridade e a autonomia dos magistrados:

“Essa prática foi adotada pelos seus sucessores sem nenhuma modificação, que eles pretendessem possível de implementar. Ademais, pode-se dizer que os magistrados romanos planejavam sua própria lei.”²⁵¹

A dominação da Inglaterra pelos romanos terminou em

apenas regulavam alguns aspectos, e de forma limitada, das relações sociais, com base no costume local, muito embora alguma atividade legislativa tenha se verificado pela ligação entre poder real e igreja. Entre as diversas culturas dos dominadores, prevaleceu a influência dos costumes e tradições das tribos teutônicas²⁵³, até ser completada e modificada com o advento do feudalismo e com a conversão do país ao cristianismo.

Com relação ao feudalismo inglês, nota-se que seguiu um modelo próprio. Gradativamente, com a concentração das terras e conseqüente aumento do poder e da autoridade dos proprietários, aumentaram o número de seus vassalos, que dependiam da sua proteção, que não era suprida pela do Estado.

Por outro lado, a conversão da Inglaterra ao cristianismo, ocorrida logo após a invasão anglo-saxônica, também alterou significativamente o desenvolvimento do Direito Inglês. Nem durante a dominação romana, o cristianismo provocou impacto tão grande.

Em 597, o Papa Gregório enviou Santo Agostinho e alguns missionários à Inglaterra, com o objetivo de converter os invasores anglo-saxões ao cristianismo. Anthony Babington destaca que:

“Santo Agostinho foi extremamente bem sucedido desde o início. Em 601, ele batizou o Rei de *Kent* e, em seguida, a fé do cristianismo alastrou-se rapidamente por todo o país. Em 660, poder-se-ia dizer que toda a Grã-Bretanha tornou-se cristã. E o cristianismo não apenas levou às pessoas um novo modo de pensar, mas introduziu-as a novas fontes de conhecimento, filosofia e cultura.”²⁵⁴

Os primeiros líderes anglo-saxões não chegaram à Inglaterra como príncipes e reis, o que só ocorreu com o passar do tempo e a consolidação dos territórios e das famílias nobres, que promoviam eleições para escolher o membro que

²⁵³ *Teuton*.

²⁵⁴ BABINGTON, Anthony. *The Rule of Law in Britain — from the Roman Occupation to the Present Day*. p. 18. Tradução livre de: “St Augustine was phenomenally successful from the start; in 601 he baptized the King of Kent and thereafter the Christian faith spread rapidly throughout the country. By 660 it could be said that the whole of Britain had become Christian. Not only did Christianity bring to the people a new mode of thinking, but it introduced them to fresh sources of learning, philosophy and culture.”

demonstrasse aptidão pessoal no campo de batalha e fosse respeitado pela capacidade administrativa para se tornar rei.

Com a conversão ao cristianismo, ligou-se à figura do rei a reverência religiosa e a idéia propagada de que ele era a fonte da ordem e da lei²⁵⁵. Antes da conversão, não existiam sequer leis escritas, o que só ocorreu com a intensa atividade legislativa levada a cabo pelos reis de Wessex²⁵⁶. J.H. Baker destaca:

“Os anglo-saxões são os primeiros habitantes que têm os seus costumes legais desconhecidos, porque eles foram os primeiros a introduzir as leis escritas. A mais antiga legislação inglesa que sobreviveu, a do Rei Aethelberth I de Kent, apareceu por volta de 600 d.C., e, tradicionalmente, é associada à suposta conversão deste rei por Santo Agostinho.”²⁵⁷

Não obstante a atividade legislativa, a Inglaterra continuou sendo governada mais com base nos costumes e normas não-escritas. Segundo J.H. Baker, isto se deve à ausência de um aparato judiciário nacional²⁵⁸ que demandasse leis escritas. As normas e a jurisdição eram concebidas como emanadas da vontade do povo, do *folk-right*, dos seus costumes, não encontrando justificativa em uma vontade soberana. E essa observação é fundamental para a compreensão da *common law* enquanto sistema marcado menos por leis emanadas de um Poder central e mais pelos amplos poderes dos magistrados em resolver casos concretos, valendo-se dos precedentes.

²⁵⁵ Não obstante, cumpre destacar que essa ligação igreja-reis não foi tão intensa como a verificada na Europa continental na era Moderna, até em função da hierarquia da Igreja na Inglaterra. Não se falava em um direito divino dos reis, e os ingleses tinham a liberdade de repudiar os reis por falhas morais e espirituais (Cf. BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 18).

²⁵⁶ Entre os reis da família Wessex, destaca-se Alfredo, pela resistência aos “Danes”, que invadiram o “eastern” da Inglaterra no século IX, tentando impor influência escandinava. Até por isso, para evitar a presença dos inimigos, Alfredo teve a oportunidade de iniciar a unificação do reino inglês, o que só foi completado no século X. Ademais, ele tinha profundo interesse pela Justiça, chegando, inclusive, a rever algumas decisões, e a promulgar o chamado código para os “West Saxons”, em 880. Todavia, ainda assim, não se pode falar em grande desenvolvimento do direito escrito inglês no período. As leis escritas, na verdade, pretendiam uniformizar os limitados campos de aplicação e abrir precedente para que os reis pudessem legislar. Cf. BAKER, J.H. *An Introduction to English Legal History*. p. 3.

²⁵⁷ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 03. Tradução livre de: “*The Anglo-Saxons are the first inhabitants of whose legal usages anything is known, because they were the first to introduce written laws. The earliest surviving English legislation, that of King Aethelberth I of Kent, appeared in about 600 A.C. and has traditionally been associated with the supposed conversion of that king by St. Augustine.*”

²⁵⁸ *National judicial machinery.*

Nota-se, curiosamente, o simultâneo desenvolvimento do feudalismo e do poder real, muito embora aquele tenha crescido mais, em especial durante o período da dinastia dos reis de Wessex, no qual se verificaram grandes alterações na estrutura social. Segundo Anthony Babington, o prestígio e o poder político passaram a ser menos importantes do que a riqueza pessoal e a quantidade de terras possuídas²⁵⁹.

O barbarismo do período anglo-saxão pode ser notado pela aceitação da vingança pessoal e autodefesa dos direitos. Somente no século X²⁶⁰, foram instaladas Cortes, sediadas em divisões territoriais chamadas de *shires* e nas suas subdivisões chamadas *hundreds*. Ao lado destas, em razão do crescimento do feudalismo e da aceitação de que os senhores das terras exercessem sua jurisdição nos seus domínios, existiam também pequenas “Cortes privadas”.

J.H. Baker²⁶¹ bem ensina que o país, no século X, era dividido nesses condados²⁶², que tinham, cada um, uma assembléia que se reunia duas vezes por ano, segundo convocação dos *ealdormen* — comandantes reais²⁶³ que se encarregavam do sistema defensivo — e dos *bishops* — encarregados locais, para discutir os problemas mais importantes da região. Tudo leva a crer, segundo o mesmo autor, que essas assembléias acumulavam as funções legislativas, administrativas e judiciais. Os *ealdormen* eram, em geral, indicados pelos reis de Wessex.

Os condados eram subdivididos em unidades menores chamadas de *hundreds*, comandadas por um *hundredman*. Dentro de cada *hundred*, havia outra subdivisão em *tithings*, grupos nacionais de dez famílias sob a responsabilidade de um *tithingman*. O objetivo das divisões era a manutenção da ordem e a arrecadação de tributos para sustentar a Coroa.

Todos os homens deveriam fazer parte de um *tithing*, exceto os que ostentavam alto *status* ou grandes proprietários de terras. Se algum integrante cometesse alguma irregularidade ou crime, os outros nove deveriam levá-lo para julgamento na Corte.

²⁵⁹ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 21.

²⁶⁰ A partir do século X, a Inglaterra passou a ser um reino único (Cf. BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 9).

²⁶¹ *Id.* pp. 6-7.

²⁶² Durante o período de dominação dos reis de Wessex, utilizava-se a nomenclatura de “shires” ao invés de “counties”, mas com o mesmo significado.

²⁶³ *provincial royal commanders.*

Os *hundreds* reuniam-se mensalmente para deliberar sobre questões administrativas e judiciais. Nos encontros semestrais dos condados, além dessas questões, verificava-se se tudo estava sob controle nos *tithings* e tomava-se providências junto a estes, se fossem avisados de algum delito.

Não havia uma divisão de competência material entre as unidades, que funcionavam como Cortes e lidavam tanto com questões criminais como cíveis que ocorressem na sua área. Os julgadores não eram profissionais e as decisões eram praticamente absolutas, irrecorríveis, em razão da não-superposição de um *hundred* por um *shire*.

Durante o período anglo-saxão, antes da conquista normanda, é certo que houve alguma atividade legislativa e a responsabilidade por atos ilícitos aumentou. Por outro lado, a Inglaterra era predominantemente agrária e apresentava péssima divisão de renda — poucos tinham muito e muitos viviam na miséria.

Com o aumento da pobreza, incertezas econômicas, instabilidade política e epidemias, o abismo social aumentou, o que levou à submissão de muitos homens livres aos poderosos proprietários. Essa situação criou condições para a centralização de poder nas mãos dos grandes senhores feudais e na monarquia, que bem se nota no período posterior. Segundo Anthony Babington:

“A consolidação da força no monarca sobre os senhores, e nos senhores sobre a população, marcou a centralização de autoridade, mas a diminuição da liberdade pessoal em um tempo no qual as antigas regras e práticas legais coexistiam com as novas tendências baseadas no desenvolvimento do feudalismo.”²⁶⁴

Sobre a concentração de poder, mister anotar que, muito embora houvesse uma atividade legislativa e a ligação do rei com a Igreja, eram ainda mais comuns as normas costumeiras. J.H. Baker destaca que não se ouvia falar em “lei do rei

²⁶⁴ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 30. Tradução nossa de: “The consolidation of strength in the monarch over the lords, and in the lords over the people, marked a centralization of authority but a diminution of personal freedom at a time when the old rules and practices of law were coexisting with the new tenets based on developing feudal conditions.”

ou em lei do senhor, mas em justiça comunitária ou costume das pessoas”²⁶⁵. Robinson, Fergus e Gordon, no mesmo sentido, ensinam que:

“Os anglo-saxões usavam a lei escrita, mas ela era escrita no vernáculo e facilmente compreensível pelos juízes leigos; a lei feudal operava em uma cultura onde a linguagem escrita era latina e, portanto, inacessível aos não letrados, e isso ajuda a explicar a preferência pelos costumes locais.”²⁶⁶

Antes, ainda, da conquista normanda, em 1066, a idéia de que a justiça era uma prerrogativa da Coroa começou a tomar vulto, apesar de não ser reconhecida em nenhum texto. Aos poucos, os reis demonstravam uma preocupação com a justiça, com as disputas e, principalmente, com crimes violentos, o que levou a um ligeiro aumento na concentração de casos a serem apreciados no âmbito das jurisdições mais próximas aos reis. Todavia, isso não descaracteriza a descentralização típica do período, e a inexistência de recursos, conforme nota R. Ross Perry²⁶⁷.

Podemos enumerar as seguintes características gerais do período anglo-saxão:

- (i) aumento do poder real, com a ligação entre monarquia e Igreja;
- (ii) aumento da concentração de renda nas mãos de senhores feudais proprietários de terras, que possuíam jurisdição;
- (iii) desenvolvimento de leis escritas e até codificações simples, não obstante se considerasse que a lei não emanava do rei, mas do “folks rights”;
- (iv) predomínio de normas costumeiras;
- (v) aparecimento de Cortes de Justiça que lidavam com questões criminais e cíveis, no âmbito de seu território;
- (vi) descentralização da Justiça, que era principalmente local.

²⁶⁵ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 08. Tradução nossa de: “king’s law, or of a lord’s law, but of communal justice or the custom of the people.”

²⁶⁶ ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *Op. cit.* p. 27. Tradução livre de: “The Anglo-Saxons used written law, but it was written in the vernacular and hence comprehensible to lay judges; feudal law operated in a culture where the written language was Latin and therefore inaccessible to the unlearned, and this helps to explain its reliance on its own local custom”.

²⁶⁷ “The several counties of England each did separately and completely its own judicial work. Appeals were discouraged and de-centralization was supreme”. PERRY, R. Ross. *Common-law Pleading — Its History and Principles.* p. 25.

A partir da conquista normanda, todavia, em que aparece na Inglaterra um poder forte, central, fruto da experiência dos povos dominadores, é que o Direito Inglês toma vulto. Matthew Hale, defendendo a importância do Direito Inglês, destaca que, na verdade, houve um intercâmbio entre os direitos dos dois povos, e não uma simples imposição do Direito normando:

“Em primeiro lugar, houve um grande intercâmbio entre a Inglaterra e a Normandia, antes e depois da conquista, o que dá uma grande oportunidade de assimilação e conformação das leis nos dois países. Em segundo, uma grande conformação de leis adveio da conquista, durante um tempo no qual a Normandia era apreciada pela Corte Inglesa, mais do que antes. Em terceiro, a similitude das leis inglesas e normandas não decorria de uma conformação à Normandia, mas de uma conformação das leis normandas às inglesas, que não cresceram tanto, tornando-se as normandas um apêndice das inglesas.”²⁶⁸

Anthony Babington²⁶⁹, por outro lado, confirma que, antes da conquista pelos normandos, a Inglaterra era um país essencialmente primitivo, não desenvolvido e predominantemente agrário; todavia, notava-se já uma diminuição do “vazio legislativo”²⁷⁰, um aumento da responsabilidade dos cidadãos e uma maior preocupação da Coroa com a Justiça, de fato, ainda não materializada.

A passagem para o período da conquista normanda é marcada por disputas e sucessões entre os reis ingleses, até que, em 1066, William, duque da Normandia, conquistou o trono inglês. Seu propósito não era governar como um conquistador, de modo repressivo, impondo seus costumes, mas como um legítimo rei inglês, segundo a tradição e o sistema ingleses que muito admirava. Destaque-se que os

²⁶⁸ HALE, Matthew. *The History of the Common Law of England*. p. 48. Tradução nossa de: “First, that there was a great intercourse between England and Normandy before and after the Conqueror, which might give a great opportunity of an assimilation and conformity of the laws in both countries. Secondly, that a much greater conformation of laws arose after the Conqueror, during the time that Normandy was enjoyed by the Crown of England, than before. And thirdly, that this similitude of the laws of England and Normandy was not by conformation of the laws of England to those of Normandy, but by conformation of the laws of Normandy to those of England, which now grew to a great height, perfection and glory; so that Normandy became but a perquisite ou appendant of it.”

²⁶⁹ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 31.

²⁷⁰ *Lawlessness*.

guerreiros que acompanharam William foram premiados com terras confiscadas dos nobres que lutaram contra eles. E o comprometimento desse rei fica claro se observado o apoio que teve.

Esses conquistadores, que foram para a Inglaterra com William, sentiram a necessidade, em um país estranho, onde até a língua era desconhecida, de se unirem em torno do soberano, até para defender suas conquistas e propriedades. E, paralelamente, observa-se que os normandos introduziram na Inglaterra um tipo de feudalismo que predominava na França e na Normandia. John Gilissen é preciso:

“Em 1066, William, duque da Normandia, conquista a Inglaterra com a sua vitória na batalha de Hastings. Declarando querer manter os direitos anglo-saxónicos, importa o feudalismo; mas de facto, os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a sua autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxónicos.”²⁷¹

A dominação pelos normandos é de tamanha importância que determinados autores, como J.H. Baker²⁷², destacam que o sistema da *common law* nasceu a partir desse momento, pois se uniram à força da Inglaterra, uma nação com um governo central e uma burocracia que já operava com instrumentos escritos sob a supervisão real, e a da Normandia, uma nação com governo forte e base administrativa.

A partir daí, em apenas um século, operaram-se sensíveis mudanças — de Cortes rudimentares, do período anglo-saxão, para o fortalecimento e o agigantamento da jurisdição real, que passou a ser distribuída regularmente entre os cidadãos.

Mas, por outro lado, não houve uma ruptura revolucionária ou mudanças violentas, frutos de imposição com a conquista normanda²⁷³. Ao contrário, conforme

²⁷¹ GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. p. 209.

²⁷² BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 12.

²⁷³ Marca o desenvolvimento do Direito Inglês porque a ausência de rupturas revolucionárias é fator que colabora para a não-necessidade de positivação e escrita de princípios e regras, em uma Constituição. Merece ser notado, ainda, que o constitucionalismo inglês seguiu um modelo diverso dos países continentais. Ele é marcado por uma idéia mais presente de Constituição histórica, de que a Constituição é o documento que se destaca mais não por ser escrito, mas por representar os valores e institutos jurídicos inculcados na sociedade (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. pp. 56 e segs.).

bem nota George Burton Adams, esse desenvolvimento pós-conquista normanda foi natural e sem traumas:

“A *priori*, é evidente que uma conquista que faria dos normandos os reguladores dos saxões e capazes de determinar o caráter institucional do Estado daí resultante, não poderia importar em bruscas mudanças constitucionais, mas deveria trazer um novo governo por meio de uma combinação natural dos dois tipos de instituições. Em outras palavras, era possível que um novo governo fosse formado na Inglaterra pela união das instituições normandas e inglesas sem dar a ninguém a impressão, certamente não tão forte que pudesse ficar registrado, que mudanças revolucionárias e radicais tivessem sido feitas. Nós quase podemos dizer, inclusive, que se todas as instituições saxãs tivessem sido eliminadas, se fosse possível, e os normandos tivessem sobrevivido sozinhos, que a mudança seria mais revolucionária para nós do que a partir da experiência atual. Os dois tipos de instituições eram tão assemelhadas em todos os seus aspectos essenciais que a conquista de uma pela outra seria muito difícil, mas a união entre elas seria fácil e quase inevitável.”²⁷⁴

Antes de 1066, a Assembléia dos Homens Livres²⁷⁵ tomava suas decisões com base no costume local, ou melhor, segundo René David: “limita-se, de

E aí é interessante observar a grande diferença do constitucionalismo histórico (europeu) para os modelos continentais. Na Inglaterra, nunca houve uma ruptura revolucionária como houve na França, por exemplo, a partir do que surgiu a necessidade de se garantirem novos valores conquistados pelos indivíduos (até escrevendo e doutrinando para preservar). E também nota-se que a própria previsão dos fundamentos do Estado é muito mais presente no modelo individualista francês (continental), porque na Inglaterra, pela existência histórica de uma Constituição mista (poder dividido pelo rei e Parlamento) nunca se sentiu a necessidade de justificação, através de uma ordem artificial, construída, de uma ordem política contratualizada.

²⁷⁴ ADAMS, George Burton. *The Origin of English Constitution*. p. 13. Tradução nossa de: “It is evident a priori that a conquest which should make the Norman the ruler of the Saxon and able to determine the institutional character of the resulting state, need lead to no violent constitutional changes, but that it might rather bring about a new government by an almost easy and natural combination of the two sets of institutions which it threw together. In other words it was possible that a new government might be formed in England by an amalgamation of Norman and Saxon institutions without giving to anyone the impression, certainly not so strongly as to get int

acordo com esse costume, a decidir qual das partes deverá provar o bem fundado das suas declarações submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional”.²⁷⁶

Após a conquista, essa Corte passou a ser, gradativamente, substituída por jurisdições senhoriais, como as *Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*, que, no início, também decidiam com base em um Direito costumeiro local. Repita-se que os senhores proprietários gozavam de prestígio junto ao rei.

R. Ross Perry²⁷⁷ bem nota que, quando William chegou à Inglaterra, deparou-se com um sistema de autogoverno²⁷⁸, no qual os casos eram decididos nas comunidades locais sem direito a apelação à *County Court*, só havendo a restrita possibilidade de clemência do rei. O sistema que trouxe com ele, todavia, era muito mais centralizado. Mesmo assim, preferiu resguardar os Tribunais anglo-saxões, apenas retirando, desde o início, a competência criminal para ofensas cometidas contra o clero, e sedimentando uma Corte Suprema de Justiça, chamada de *Curia Regis*.

Ao lado das Cortes de jurisdição senhorial, portanto, ganhou força a *Curia Regis*. William tomou uma série de medidas que alteraram a organização da Justiça e a sistemática executiva. A principal delas foi justamente o estabelecimento da *Curia Regis*, *King's Court*, ou *Aula Regia*, como o órgão central do país, com funções administrativas, legislativas e judiciais. George Burton Adams bem destaca que essa Corte foi a primeira instituição formal centralizadora:

“Desse estágio anglo-normando, durante seu primeiro século, a instituição central, unificadora e com competência ampla era a *curia regis*. Ela não era a única instituição geral do governo central. Grande parte do trabalho de cuidar dos negócios do Estado não era feito diretamente por ela. Mas tudo era sujeito a ela. Todos os oficiais eram responsáveis por isso. Por ela, as práticas tradicionais eram mantidas e impostas e quaisquer inovações que tivessem que ser feitas eram submetidas a sua aprovação e conformação. Pelo seu conselho e advertência, o rei agia nas questões de polícia internas e externas, e pelo seu julgamento as disputas relativas à aplicação da lei ou ao direito de propriedade

²⁷⁶ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. p. 346.

²⁷⁷ PERRY, R. Ross. *Common-law Pleading — Its History and Principles*. p. 28.

²⁷⁸ *Self-government*.

eram resolvidas. Nenhuma questão ou fato ocorridos no governo, ou interesses privados da classe dominante estava fora da sua esfera de competência.”²⁷⁹

Com o tempo, as especialidades da Corte foram divididas e as atividades judiciais passaram a ser exercidas como em um Supremo Tribunal, com jurisdição em todo o território nacional. Anthony Babington destaca que a competência se estendia inicialmente às causas mais importantes, mas, apesar dessa restrição, “em curto espaço de tempo ela começou a formular um corpo de preceitos jurídicos que eram, ao mesmo tempo, de uma consistência lógica e de uma autoridade transcendente.”²⁸⁰

A *Curia*, indissociavelmente, ligada à pessoa do rei, não tinha sede fixa, pois sempre seguia o rei nas suas viagens pela Inglaterra. Os principais oficiais da *Curia* eram “the justiciar, the chancellor, the treasurer, the chamberlain, the constables, and the king’s justices”²⁸¹.

O sistema da *common law*, do direito comum a toda a Inglaterra²⁸², todavia, só desenvolveu-se com os chamados Tribunais Reais de Justiça, ou Tribunais de Westminster (local onde foram estabelecidos a partir do século XIII), que detinham a exclusividade da sua elaboração.

Válido destacar que o poder real na Inglaterra impôs-se muito antes do que em países do sistema romano-germânico, como a França e Portugal, por exemplo. Até porque, como nota George Burton Adams, o resultado imediato da conquista normanda foi o estabelecimento de uma monarquia forte que não conhecia, inicialmente, limites:

²⁷⁹ ADAMS, George Burton. *Op. cit.* pp. 56-57. Tradução nossa de: “Of this Anglo-Norman state during its first century by far the chiefest, the central, unifying, all-performing institution was the curia regis. It was not the only institution of general government. A large part of the detailed work of carrying on the business of the state was not immediately performed by it. But all was subject to it. All officers were responsible to it. By it the old was maintained and enforced and whatever innovations were made were approved and confirmed. By its counsel and advice the king acted in questions of policy, domestic and foreign, and by its judgment disputes as to the application of the law or the ownership of property were determined. No question arising or fact occurring in the field of government, or of the private interests of the ruling class, was outside the sphere of its competence.”

²⁸⁰ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 46. Tradução nossa de: “it had soon commenced to formulate a body of juridical precepts which were at the same time of a logical consistency and of a transcendent authority.”

²⁸¹ *Id.* p. 39.

²⁸² Importante deixar claro que o direito comum não é um direito consuetudinário; pelo contrário, o seu desenvolvimento acaba com a aplicação das regras locais de direito costumeiro.

“Na Inglaterra, o resultado da campanha de 1066 foi o estabelecimento de uma monarquia tão absoluta que não havia, nem no direito nem nas práticas de então, nenhum método reconhecido de estabelecer um limite à sua ação, ou talvez seja mais preciso dizer que a soberania era limitada apenas pelo seu próprio senso de submissão às leis existentes, que eram praticamente todas costumeiras e não escritas, e o único meio de impor tais leis à monarquia era pelo protesto individual, ou por uma mais generalizada rebelião. Esse absolutismo foi exercido na prática através de uma organização simples e até cruel, mas que criou uma verdadeira e efetiva centralização não vista em nenhum outro país da época.”²⁸³

Os Tribunais Reais de Justiça, logo após a conquista normanda, não tinham uma competência universal, pois os conflitos eram levados, inicialmente, às já referidas Cortes de jurisdição senhorial. O rei limitava-se a exercer a chamada alta justiça, a decidir grandes causas, inclusive revendo decisões de outras Cortes, na *Curia regis*, assistido pelos seus servidores mais próximos.

Os *justiciars* eram os encarregados de substituir o rei quando ele estava fora e, com o passar do tempo, passaram a ser os responsáveis pelas finanças e pela justiça do país. O *chancellor* funcionava como um secretário do rei, era guardião do “royal seal”, e controlava a chancelaria, formada por funcionários treinados, mais tarde tida como o primeiro departamento do governo a existir. A *Curia* era composta pelo *Chief justiciar*, pelo chanceler, por barões, membros da Igreja e outros convidados reais.

William tinha como objetivo fortalecer a jurisdição real. R. Ross Perry destaca a astúcia e o esquema tático de manter as Cortes locais e instituir gradativamente a Corte Real, que tinha o poder de se sobrepor às demais²⁸⁴.

²⁸³ ADAMS, George Burton. *Op. cit.* pp. 23-24. Tradução nossa de: “Whatever may be true of Normandy, in England the result of the campaign of 1066 was the establishment of a monarchy so absolute that there was neither in the law nor in the practices of the time any recognized method of setting a limit to its action, or perhaps it would be more accurate to say that the sovereign was limited only by his own sense of obligation to existing law, which was almost wholly customary, and unwritten, and that the only means of enforcing such law upon him was by individual protest, or by more or less general rebellion. This absolutism was exercised in practice through an organization simple and even crude in character, but one which created a true and effective centralization unsurpassed in any other country of the time.”

²⁸⁴ PERRY, R. Ross. *Op. cit.* p. 29.

Nesse contexto do aumento do poder real, centralizado, ainda sob o reinado de William I, nota-se um enfraquecimento das unidades comunitárias menores, como os *shires*, típicas do período anglo-saxão. William passou a indicar novos *ealdormen* apenas quando necessário apoio militar, e, dez anos após a conquista normanda, não existiam mais *ealdormen* em atividade.

Paralelamente, ganharam poder os *sheriffs*, funcionários reais responsáveis pela implementação da política real em cada *shire* inglês. Exerciam o papel de delegados da soberania, fazendo cumprir as leis do reino, mantendo a ordem e supervisionando as Cortes e prisões.

E também tornaram-se comuns as práticas de justiça itinerante²⁸⁵, por meio da qual, através de delegação real, funcionários encarregados da Coroa visitavam os *counties*, também supervisionando as Cortes e apreciando as questões judiciais que lhes eram submetidas pela população.

Apesar disso, da justiça itinerante e dos *sheriffs*, muitos procuravam diretamente a *Curia*, até por não querer/poder esperar a próxima visita dos funcionários delegados reais.

Durante o reinado de William II, sucessor de William I, não houve mudanças no sistema judiciário. No período subsequente, durante o reinado de Henry I (1100-1135), ocorreram fatos que merecem destaque.

As freqüentes ausências de Henry da Inglaterra levaram a uma institucionalização do poder do Chanceler, que exercia a jurisdição em seu lugar. E os *writs*, instrumentos pelos quais eram formulados os pedidos para apreciação do Chanceler, começaram a ganhar forma. Também nota-se a elaboração de uma sucinta compilação de normas (*Leges Henrici Primi*), em latim, que tinha o objetivo de explicar o Direito às Cortes locais e aos *sheriffs*.

Após Henry I, subiu ao trono Stephen (1135-1154), que realizou um reinado marcado por crises e sem grandes novidades. Com Henry II (1154-1189), neto de Henry I, é que se observaram mudanças e avanços substanciais na *common law*. Anthony Babington destaca que, com ele, finalmente, a estrutura de uma autoridade constitucional ganhou forma definitiva²⁸⁶.

²⁸⁵ Mais observadas no reinado de Henry II.

²⁸⁶ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 59.

Além de sua marcante atividade legislativa, de ter conquistado a Irlanda e restringido o poder da Igreja, Henry II estimulou o trabalho dos *sheriffs* e da justiça itinerante, e fortaleceu o papel da jurisdição real.

Com relação à justiça itinerante, Henry II determinou que representantes da Coroa deveriam ir a todo o país impondo o cumprimento da legislação e resolvendo os conflitos. O sistema ficou conhecido como *justices in eyre*. Um *general eyre* visitava os *counties*, de quando em quando, levando o aparato real, funcionando como Corte de justiça e com o objetivo de supervisionar os governos locais.

Quando subiu ao trono, em 1154, a King's Court ainda seguia o rei Henry II. Em 1178, todavia, foram indicados cinco oficiais de sua confiança para se estabelecerem de forma fixa na *Curia regis*, podendo apreciar todas as questões, exceto aquelas excepcionalmente difíceis que deveriam ser apreciadas pelo próprio rei.

A seguir, foram destacando-se seções especializadas da *Curia regis* em determinadas matérias²⁸⁷, como finanças e litígios fiscais (Tribunal do Tesouro — *Scaccarium, Court of Exchequer*), posse de terra (Tribunal das Queixas Comuns — *Court of Common Pleas*), crimes contra a paz do reino (Tribunal do Banco do Rei — *King's Bench*). Esses, os Tribunais Reais.

Os Tribunais do Tesouro e das Queixas Comuns passaram a ter assento em Westminster, a partir do século XII, e o do Banco do Rei seguia o rei, passando a ter sede em Westminster no século XV²⁸⁸. O Tribunal das Queixas Comuns teve a sede formalmente fixada em Westminster por disposição da Magna Carta, até para que as partes não tivessem que esperar nova visita do rei para expor sua pretensão: “17. O Tribunal das Queixas Comuns não deve seguir nossa Corte, mas deve estabelecer-se em algum lugar”.²⁸⁹

R. Ross Perry bem divide a competência das Cortes reais²⁹⁰. O *King's Bench* era presidido pelo Senhor Chefe de Justiça (*lord chief justice*), apesar de, em tese, dever ser presidido pelo rei pessoalmente. Integrado também por juízes assistentes,

²⁸⁷ Não há uma data certa que marque a “divisão” da *Curia regis*. R. Ross Perry a situa entre William I e Henry II (*Op. cit.* p. 29). Matthew Hale (*Op. cit.* p. 150) fala que, à época de João Sem Terra, a *King's Bench* e a *Common Pleas* já eram distintas.

²⁸⁸

tinha competência para julgar todas as causas envolvendo a Coroa e recursos das Cortes inferiores. A *Court of Common Pleas* era presidida pelo Chefe de Justiça (*chief justice*), integrada também por juízes assistentes, tinha jurisdição exclusiva para ações reais, ações entre pessoas privadas e envolvendo direitos privados (desde que não envolvesse interesses reais). A *Court of Exchequer* era presidida pelo Senhor do Tesouro (*lord treasurer*), com o Chanceler e outros barões. Competia-lhe apreciar as causas que envolvessem a receita do reino.

J.H. Baker²⁹¹ anota que a King's Bench, com o passar do tempo, firmou sua jurisdição, que era dividida internamente. O *Crown side* exercia a jurisdição criminal e funcionava como Corte de primeira instância. O *Plea side* ocupava-se de ações de esbúlio possessório, de recursos em casos de crimes dolosos²⁹², e recursos para corrigir erros de outras *courts of record*²⁹³ (inclusive da *Common Pleas*).

R. Ross Perry²⁹⁴ destaca, ainda, a figura da *Court of Exchequer Chamber*, que funcionava como uma Corte de Apelação para revisar o julgamento das Cortes de Westminster. Era formada por juízes de duas das Cortes para revisar os julgamentos da terceira.

Não se pode deixar de referir, também, o papel da *House of Lords*, que teve sua origem ligada à da *House of Commons*, desde a época de William I, concebida para, juntamente com o monarca, primar pela “autoridade da legislação britânica”,²⁹⁵ segundo Anthony Babington. A *House of Lords*, que teve suas funções divididas da *House of Commons* por Edward III, por volta de 1344²⁹⁶, possuía jurisdição superior às Cortes de *common law*, segundo o mesmo autor, “que era baseada na supremacia

Durante o reinado de Henry II, tornaram-se comuns as justiças itinerantes, que circulavam pelo país. O seu reinado também caracterizou-se pela absoluta supremacia do poder real, pelo controle dos senhores e barões e pelas conquistas de terras. Tanto é assim que George Burton Adams destaca que, além de profundas alterações nas instituições e na organização judicial, o reinado de Henry II foi marcado por mudanças constitucionais — houve um fortalecimento, não existente de forma tão intensa no feudalismo, do poder real, o que importou na criação de uma “base institucional organizada para o absolutismo, que não existia na constituição feudal”.²⁹⁸

Com o seu falecimento, em 1189, ascendeu ao trono seu filho, Richard I, conhecido pela popularidade, mas que não contribuiu muito para o desenvolvimento constitucional e social do país. Em 1199, Richard I designou seu irmão John como sucessor.

Pela linha sucessória, não deveria John assumir o trono, mas sim seu sobrinho Arthur (filho do filho mais velho de Henry II), que supostamente fora assassinado por John.

O reinado de John foi marcado pela incompetência administrativa e pela perda de poder e de domínio da Inglaterra na Europa continental. Também ocorreu grande disputa com a Igreja, tendo John cedido às pressões do Papa na nomeação do novo Arcebispo de Canterbury.

Tudo isso contribuiu para o advento da Magna Carta, em 1215, que representou uma rendição aos senhores e barões. Anthony Babington destaca que há dúvidas se John pretendia aderir espontaneamente à Magna Carta²⁹⁹.

De qualquer forma, a Magna Carta foi de extrema importância no contexto de proteção dos direitos e liberdades individuais, bem como para a afirmação da democracia e imposição de limites ao poder real.

John foi sucedido por seu filho Henry III³⁰⁰, que, por muitos anos, foi pressionado pelos barões a ratificar a Magna Carta, o que ocorreu, todavia sem a cláusula restritiva do direito real de aumentar os impostos independentemente do conselho nacional.

²⁹⁸ ADAMS, George Burton. *Op. cit.* p. 110. Tradução nossa de “organized institutional foundation for absolutism which had not existed in the feudal constitution”.

²⁹⁹ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 64.

³⁰⁰ Após Henry III, subiram ao trono Edward I, Edward II, Edward III, Richard II (o último da dinastia *Plantagenet* — 1154 a 1399).

Em 1258, foram editadas as Provisões de Oxford, reafirmando os termos da Magna Carta, com a concordância de Henry III. Em 1285, com o *Statute of Westminster II*, ainda no seu reinado, foi regulamentado o sistema *nisi prius*.

A coexistência dos *eyres* com a fixação da *Curia* em local fixo ocasionava problemas práticos. Os *eyres* levavam a Justiça real aos *counties*, mas com atraso, pois as visitas não eram tão freqüentes. Por outro lado, as *county* e *hundreds assemblies* poderiam resolver os mesmos problemas, só que sem a presença do poder real, o que não era desejável. O acesso direto à *Curia* também seria uma alternativa, só que, na prática, era inviável aos cidadãos litigarem fora da sua cidade.

Conciliar a centralização da Justiça real com a necessidade de investigações e julgamentos locais só foi possível com a adoção do sistema *nisi prius*. J.H. Baker³⁰¹ explica que restou determinado que os julgamentos ocorreriam em certo dia em Westminster a não ser que os oficiais reais tivessem, antes disso, comparecido ao *county*. Essa Justiça tinha um poder delegado das Cortes centrais para proceder às investigações e julgamentos, que eram gravados nos arquivos das Cortes.

Até 1300, todavia, a *Court of Exchequer* continuou apreciando algumas causas envolvendo interesses particulares, como costumava fazer, quando, por força de sua regulação, limitou-se às causas envolvendo a receita do reino.

Merece ser referido, desde logo, consoante lição de J.H. Baker, que, no século XIII, foram substituídos os políticos e homens públicos que ocupavam assento nas Cortes Reais por juízes profissionais, que se dedicavam integralmente à administração da nascente *common law*³⁰².

Observa-se, portanto, gradual, mas firme, desenvolvimento dos Tribunais Reais. Aos senhores, habituados a decidir e a controlar seus domínios, não agradava a submissão à jurisdição real, a quem faltava aptidão inicial para administrar toda a justiça, razões pelas quais sua intervenção era limitada. René David explica:

“A intervenção da autoridade real nos assuntos da sua competência parece-lhes, a eles e aos seus súbditos, tão intolerável e contrária à ordem natural das coisas como para os proprietários de hoje lhes parecerão certas medidas de intervenção do Estado ou de nacionalização, com desprezo

³⁰¹ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 21.

³⁰² *Id.* p. 19.

pelo direito sagrado que é, aos seus olhos a propriedade. Os Tribunais Reais, de resto, não estão aptos para administrar a justiça, até mesmo em recurso, para todos os litígios que surjam no reino. A sua intervenção vai limitar-se, essencialmente, a três categorias de causas em que ela se afigura natural: questões relacionadas com as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis (*sic*) graves questões criminais que se relacionem com a paz do reino.”³⁰³

Afora esses três tipos de questões, os litígios continuaram a ser resolvidos, durante um certo tempo, pelos *Hundred* ou *County Courts*, jurisdições senhoriais ou eclesiásticas³⁰⁴. Anthony Babington³⁰⁵ nota que poderia parecer que, com o crescimento das Cortes reais, rapidamente desaparecessem as antigas Cortes locais. Todavia, a perda de poder foi gradual e inversamente proporcional ao aumento do poder das Cortes Reais. Em 1166, elas perderam competência para julgar ações de assassinato, roubo e furto. Em 1176, traição, falsidade e incêndio criminoso. Em 1277, a jurisdição civil das *County Courts* ainda era exercida, mas limitada a disputas em que o valor envolvido fosse inferior a *two pounds*.

O soberano desejava aumentar cada vez mais a sua autoridade, estendendo o seu poder, assim como o Chanceler (colaborador do rei) e os juízes reais. E, com o passar do tempo, a própria população começou a procurar mais os Tribunais Reais, por considerar a jurisdição real superior às outras. Segundo René David:

“Só os Tribunais reais possuem meios efectivos para assegurar a comparência das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado só o rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súbditos a prestar juramento.”³⁰⁶

³⁰³ DAVID, René. *Op. cit.* p. 348. Cumpre destacar que os Tribunais encarregados dessas questões são justamente os já referidos — *Exchequer*, *Common Pleas* e *King's Bench*.

³⁰⁴ As jurisdições eclesiásticas, instituídas após a conquista normanda, aplicavam o direito canônico à cristandade.

³⁰⁵ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 77.

³⁰⁶ DAVID, René. *Op. cit.* p. 348.

J.H. Baker³⁰⁷ também destaca que o principal atrativo da jurisdição real era a certeza do cumprimento da decisão, e a garantia de que a decisão seria definitiva. Mas isso só foi possível porque a jurisdição real passou a ser exercida por delegação, não dependendo apenas da apreciação das questões pelo rei. Nesse contexto, é que se desenvolveu uma sistemática procedimental baseada no *writ*

necessariamente reportados. O que mudou, em especial a partir do século XIX foi a preocupação em conferir autenticidade ao conteúdo dos livros, para autorizar transcrições com efeitos oficiais. Glendon, Gordon e Carozza bem destacam a forma como são trabalhados os precedentes nos livros:

“O formato de divulgação determina sua utilidade como precedente. A utilização efetiva como precedente é possível apenas onde a decisão é divulgada de forma tal a propiciar sua referência para os juízes nos casos futuros. A forma de divulgação tende a ser em um estilo que assegura a utilidade do investimento privado. Os casos divulgados na Inglaterra, assim como nos Estados Unidos, contêm relato dos fatos e da matéria legal que foi apreciada, e dá as razões para determinada decisão. Mas nos casos ingleses, os fatos são percebidos de forma diferente do que ocorre nos Estados Unidos. A diferenciação fática geralmente é levada ao extremo nos Estados Unidos, tornando os casos distintos indistinguíveis. O precedente inglês, conseqüentemente, é mais fácil de ser utilizado eficazmente em casos futuros.”³¹⁰

Pode-se, nesse ponto, enumerar as seguintes características/razões do aumento do poder real, que acompanham o nascimento da *common law*:

- (i) utilização dos *sheriffs*, supervisionando as menores unidades do reino e fazendo cumprir as normas reais;
- (ii) implementação da justiça itinerante (*eyres*) para não só fiscalizar o cumprimento das normas, mas também para decidir questões judiciais por delegação do rei;
- (iii) maior confiança da população na jurisdição real, efetiva e segura.
- (iv) desenvolvimento de um instrumental (*writs*) para ter acesso à jurisdição real.

³¹⁰ *Id.* pp. 268/269. Tradução nossa de: “The format of reporting largely determines its usefulness as precedent. Effective employment as precedent is possible only where a decision is reported in a form which makes it usable by judges in future cases. The form of reporting has thus tended to develop in a style which assures the utility of these private ventures. Reported cases in England, as in the United States, briefly outline the facts and the legal issue which has been presented, and give reasons, often quite lengthy, for reaching a particular decision. But in English cases, facts are perceived differently than in the United States. Factual differentiation often is carried to an extreme in the United States, rendering

A competência dos Tribunais reais, dessa forma, foi estendida a tal ponto que, no final da Idade Média, eram praticamente os únicos a administrar a justiça³¹¹. Não obstante, como destaca René David, até 1875, os Tribunais reais “continuarão a ser, teoricamente, jurisdições de exceção”.³¹² Segundo George Burton Adams, a jurisdição real, que começou a crescer com Henry II, em razão do sistema dos *writs*, ganhou tamanha força que era possível se retirar determinadas causas das cortes senhoriais e levá-las à *King’s Court*:

“Para se ter uma idéia da extensão a que chegou a jurisdição real, esvaziando as Cortes privadas dos casos importantes, e começando a centralizar o direito, nós devemos adicionar aos *assizes* e à Justiça criminal, o *writ of right* e o *writ praecipe*, já descritos, ambos bem desenvolvidos por Henry II e tornado constitucionais assim como os *assizes*, se considerarmos pelo seu papel em *Glanvill*. Por esses dois *writs*, praticamente qualquer caso relacionado a direitos feudais, e outros, poderiam ser removidos das Cortes senhoriais para as reais. Deve ser acrescentado, ainda, que todos esses casos corriam perante comissionários especiais da jurisdição real, e sempre a permissão real deveria ser previamente obtida.”³¹³

Mas o aumento de demandas em curso nos Tribunais Reais sofreu a oposição de senhores feudais que queriam controlar a justiça.

E essa posição prevaleceu na Magna Carta, de 1215, tendo os senhores conseguido obstar o avanço da jurisdição real. Basta notar as seguintes previsões:

‘different’ decisions indistinguishable. English precedent consequently is more likely to serve as a forceful value in future cases.”

³¹¹ Tanto as jurisdições senhoriais como as jurisdições municipais e comerciais passaram, gradualmente, a apreciar somente questões de menor relevância. E as jurisdições eclesiásticas, questões relativas ao casamento e ao clero.

³¹² DAVID, René. *Op. cit.* p. 349.

³¹³ ADAMS, George Burton. *Op. cit.* p. 129. Tradução nossa de: “To get a full estimate of the extent to which this new system of royal justice was drawing out of private courts all cases of importance, and beginning to form a great body of centralized law, we should add to the *assizes* and criminal justice, the *writ of right* and the *writ Praecipe* already described, both very much developed under Henry II and made as regular and constitutional as the *assizes*, if we may judge by the account of them in *Glanvill*. By these two *writs* practically any case whatever concerning feudal rights, and some others also, might be removed from the baron’s court to the king’s. It must be added also that all these cases go before special commissioners, king’s justices, and always the king’s permission must be obtained in advance.”

“36. No futuro, nada será dado ou tomado pelo *writ of inquisition* relacionado à vida e à integridade física, mas a liberdade será garantida.”

“39. Nenhum homem livre será pego, preso, banido, ou destruído de qualquer forma, nem nós vamos processá-lo, exceto pelo julgamento com base no direito pelos seus semelhantes e pela lei da terra.”

“52. Se alguém for, por nós, desapropriado de suas terras, castelos, liberdades ou direitos, nós vamos imediatamente devolvê-los, e se

limites ao soberano e ao poder monárquico. A cláusula 61 anteriormente transcrita, por exemplo, segundo George Burton Adams, atesta a primeira inclinação da Constituição no sentido de uma monarquia limitada, “e marca o período no qual antes não havia nenhuma tendência nessa direção, o ponto no qual insistiu-se que existia um corpo de leis que o rei deveria observar, e outro afirmando que a comunidade dos submetidos às normas legais tinha o direito de utilizar o aparato judiciário para impor ao rei o seu cumprimento”.³¹⁵

A Magna Carta não foi uma imposição instantânea e fulminante de limites ao poder real, não podendo ser atribuído apenas a John o fracasso de levar adiante a supremacia absoluta da monarquia. As condições e o aumento da autoridade real culminariam com a edição da Magna Carta mais cedo ou mais tarde. Das suas disposições, no mesmo sentido da imposição de limit

“Embora a *Magna Carta* fosse instrumento de acentuado e deliberado reacionarismo, criada como uma espécie de garantia dos nobres contra os abusos da coroa inglesa, continha exemplos de institutos originais e eficazes do ponto de vista jurídico, que até hoje têm provocado a admiração dos estudiosos da história do direito e da historiografia do direito constitucional.”³¹⁷

Também pelas Provisões de Oxford, de 1258, foram reafirmados os termos da *Magna Carta* e resguardados os direitos conquistados³¹⁸.

Outro documento de extrema importância na história da *common law* foi o *Statute of Westminster II*, de 1285, que também conciliou os interesses do rei com os dos barões³¹⁹. Curioso observar que, por ele, se estabeleceu que o Chanceler não criaria novos *writs*, mas poderia apenas passar *writs* em casos similares. Segundo René David:

“Os Tribunais reais continuarão a julgar tipos de processos para os quais a sua competência foi desde logo reconhecida, mas não exorbitarão dessa competência. No futuro, nenhum novo *writ*, será criado salvo pela autoridade do Parlamento. Quando muito admitir-se-á a outorga de *writs in consimili casu* nas espécies que apresentem uma grande semelhança com outras espécies que tenham, desde já, dado lugar à outorga de *writs* pela Chancelaria Real.”³²⁰

O Direito Inglês, apesar do referido *Statute*, prosseguiu no seu desenvolvimento. As fórmulas estereotipadas de *writs*, que abriam as portas à jurisdição real, foram substituídas pela técnica dos *writs in consimili casu*, mas que, por regra, deveria ser utilizada excepcionalmente. Buckland e McNair, em estudo sobre o Direito Romano e a *Common Law*, anotam que a postura do Chanceler em conceder *formulae* não totalmente cobertas pelos *writs* existentes (*in consimili casu*) era semelhante à do

³¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. p. 31.

³¹⁸ Anthony Babington destaca que muitos problemas surgiram em função da não-obediência, apesar do compromisso, de Henry III às Provisões, como a derrota para o líder Simon de Montfort. *Op. cit.* p. 65.

³¹⁹ Tradução do Capítulo 24, por John Gilissen: “Para que, daqui em diante, não aconteça na Chancelaria que possa ser encontrado um mandato num caso, mas não noutro caso que respeite à mesma lei e que requeira os mesmos remédios, os oficiais da Chancelaria ou concordam com a emissão de um mandato ou adiam a queixa para o próximo Parlamento, ou anotarão os pontos sobre os quais não concordaram e levá-los-ão ao Parlamento seguinte; e então o mandato será emitido com o assentimento dos letrados no direito: para que o tribunal daqui em diante não desampare os que procuram justiça.” (*Op. cit.* p. 219).

³²⁰ DAVID, René. *Op. cit.* p. 350.

Pretor romano, em especial no final da República. Só que este tinha mais liberdade, pois “não se limitava a estender as ações existentes”³²¹.

E essa técnica dos *writs in consimili casu*, no nosso entender, atesta o início da utilização de um sistema de precedentes de forma sistemática, pois era necessário o cotejo entre o caso anterior e o atual, para abrirem-se as portas da jurisdição real.

Com efeito, observa-se que as outras jurisdições começaram a desaparecer, principalmente no século XV. Anthony Babington anota que, apesar das três décadas da Guerra das Rosas, o desenvolvimento do sistema jurídico continuou o seu curso, e a força e o profissionalismo das Cortes de *common law* e da justiça itinerante foram retirando o *status* e a utilidade das Cortes e jurisdições locais, a tal ponto que no início do reinado de Edward IV, “a *County Court* tornou-se totalmente sem importância e o trabalho judicial da *Hundred Court* entrou em extinção virtual”.³²²

Mas para que a jurisdição real conseguisse satisfazer as demandas que lhe eram submetidas, tornou-se necessário que se encontrasse um novo corretivo para as suas insuficiências. J.H. Baker destaca que, já àquela época, os juízes e funcionários das Cortes reconheciam que “para vencer o desafio, deveria haver reformas tanto na lei como no procedimento, que deveria começar pelos patronos dos litigantes, que o orientavam”.³²³

Muitos casos não estavam, principalmente em função dos obstáculos impostos pelos Tribunais de Westminster e do limitado número de fórmulas, sendo solucionados de forma justa, gerando, por conseqüência, uma insatisfação nas partes, que se utilizavam o último remédio possível — o “recurso” ao rei (como se fosse um favor, já que a justiça era vista como uma prerrogativa real).

Na Idade Média, esse “recurso” era natural, e o rei podia examinar as demandas. Já no século XIV, todavia, a apreciação direta pelo rei, devido aos numerosos casos, tornou-se inviável.

³²¹ BUCKLAND, W.W. e MACNAIR, Arnold D. *Derecho Romano y Common Law — una Comparación en Esbozo*. p. 382. Tradução nossa de: “no se limitaba a extender las acciones existentes”.

³²² BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 100. Tradução nossa de: “the County Court had become totally unimportant and the judicial work of the Hundred Court had receded into virtual extinction.”

³²³ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 40. Tradução nossa de: “to meet the challenge there would have to be reforms both in the law and procedure which would win back the patronage of litigants, through the lawyers who advised them”.

O “recurso” começou a passar, então, pelo Chanceler, conselheiro do rei, que transmitia ao soberano aquilo que entendia oportuno e relevante. J.H. Baker destaca que, à época, “o único meio de se rever uma decisão em equidade era reabrindo o litígio perante o Chanceler ou seu substituto, ou obtendo uma comissão de revisão”³²⁴. Em 1675, todavia, a possibilidade de revisão dos julgamentos pela Chancelaria foi atribuída à *House of Lords*³²⁵.

Importante, referir, também, o chamado *bill procedure* adotado em razão de “crise” vivida pelos Tribunais Reais, em especial pelo *King’s Bench*, no século XIV, pelo aumento no número de demandas e pelas disputas internas de competência entre a *King’s Bench* e a Corte de *Common Pleas*³²⁶. Um *bill* era uma petição dirigida diretamente à *King’s*³²⁷ com a finalidade de iniciar a ação. Ao contrário do procedimento regular perante a Chancelaria, não era necessário procurar o *writ* específico perante o Chanceler. Dessa forma, ao contrário dos que litigavam perante a *Common Pleas*, não era preciso um *original writ* do Chanceler. J.H. Baker anota que, em razão desse procedimento, o número de causas em curso perante a *King’s* cresceu espantosamente³²⁸. A *Common Pleas*, não obstante, continuou com significativo número de demandas, e também cresceu, em razão da intensidade dos litígios.

De qualquer forma, nota-se que, com o aumento das demandas³²⁹, no século XV, o Chanceler tornou-se um juiz praticamente autônomo, pois decidia em nome do rei. E a sua intervenção tornou-se cada vez mais freqüente, a tal ponto que, a partir de 1473, pelo menos, ele estava decidindo em seu próprio nome. Sua competência também aumentou e medidas suspensivas de ações em curso nos Tribunais reais, enquanto se colhiam provas, etc., tornaram-se comuns. Robinson, Fergus e Gordon³³⁰ anotam que quando John Stafford foi Chanceler (1432 — 1450), o número anual de petições dirigidas à Chancelaria quadruplicou. Anthony Babington também destaca o

³²⁴ *Id.* p. 141. Tradução livre de: “the only way of reviewing a decision in equity was by reopening the matter before the chancellor himself, or his successor, or by obtaining a commission of review.”

³²⁵ Cf. BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 141, e ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *Op. cit.* p. 150.

³²⁶ A Corte de *Common Pleas* cresceu muito, o que poderia afetar a *King’s Bench* e o próprio Chanceler. Era preciso regular o procedimento, e até aumentar a competência e número de ações, proporcionalmente, em curso na *King’s*. Cf. BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 40.

³²⁷ J.H. Baker destaca que os *bills* também poderiam ser utilizados em outras Cortes Superiores, para se iniciar ações contra “its personnel and prisoners”. (*Op. cit.* p. 41).

³²⁸ *Id.* p. 43.

³²⁹ E no século XV, muitos *bills* passaram também a ser dirigidos ao Chanceler (*Id.* p. 101.)

³³⁰ ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *Op. cit.* p. 146.

aumento de poder do Chanceler, tanto que, em 1474, “ele começou a agir com base na sua própria autoridade intrínseca”³³¹.

Inicialmente, suas decisões eram tomadas em consideração com a equidade do caso particular e, aos poucos, passaram a ser mais sistemáticas, aplicando doutrinas eqüitativas, que, segundo René David, “constituem adjunções ou correctivos, aos princípios ‘jurídicos’ aplicados pelos tribunais reais”.³³²

No século XVI, à época dos Tudor, marcada pelo absolutismo, nota-se uma extensão da competência do Chanceler, que começou a se utilizar de princípios de Direito Romano e Canônico e da equidade, mais desenvolvidos e modernos do que as arcaicas regras da *common law*. Há uma justificativa para isso: o processo na *common law* era oral e público, ao passo que os soberanos, absolutistas, preferiam um processo escrito, secreto e inquisitório, que passou a ser utilizado pelo Chanceler.

Sobre o aumento do poder real e absolutismo, merece ser lembrado que, após período de incertezas e disputas (Guerra das Rosas), o país precisava de um governo forte, com liderança. Henrique VII, que iniciou a dinastia Tudor, caracterizou-se por ter subordinado as Cortes e Parlamento e por ter diminuído a dependência financeira da Coroa da *House of Commons*. Seu sucessor, Henrique VIII, tido como o mais arbitrário rei inglês, aumentou ainda mais a dominação sobre todas as instituições, inclusive sobre as Cortes.

Sobre a extensão da competência do Chanceler e a utilização de regras de equidade, merece transcrição a seguinte passagem de Anthony Babington:

“Quase inevitavelmente durante o curso do século dezesseis, a Corte da Chancelaria estava deixando de ser um fórum de visões pessoais e predileções de um Chanceler individual e estava assumindo as qualidades de uma Corte legal ordinária. Mas, até então, os princípios de equidade continuavam a ser baseados no que era concebido como um preceito de conhecimento racional ou inspirado nos cânones divinos do universo. Sob os Chanceleres, os processos de equidade e os processos de *common law*

³³¹ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 100. Tradução livre de: “he started to act on his own intrinsic authority”.

³³² DAVID, René. *Op. cit.* p. 360.

desenvolveram-se juntos. A equidade tornou-se mais sistematizada; começou a suplementar as Cortes de *common law* e a ajustar e harmonizar suas decisões. As linhas de demarcação entre os dois sistemas tornaram-se mais claras, e foi aceito que a Chancelaria apenas interferiria em um caso diante da Corte de *common law* se a aplicação do axioma legal estabelecido fosse levar à grave injustiça, ou se as circunstâncias indicassem fraude, dolo ou comportamento despropositado. A atual organização da Chancelaria deu a ela uma maior facilidade do que aquelas existentes nas Cortes de *common law* para o exame de disputas complicadas, aumentando sua adequação para a resolução de qualquer disputa relacionada à administração de Estados, a dissolução de sociedades, ou a desapropriação de fundos dados em garantia. A *Court of Requests*, fundada por Henry VII em 1493, era uma Corte especial para se alcançarem remédios equitativos por litigantes pobres.”³³³

O Direito Inglês sofreu, assim, apesar do fortalecimento do poder real e da edição de vários *statutes*, algumas alterações, com o desenvolvimento da equidade, baseada inclusive em princípios de Direito Romano e Canônico, e a influência do direito continental europeu.

O seu desenvolvimento posterior é, então, marcado pela divisão — *common law* e *equity*. Na luta pela manutenção e fortalecimento da *common law*, estava o Parlamento, contra o absolutismo, e o comprometimento com o Direito continental não se realizou.

Esse dualismo é uma característica do Direito Inglês. Ao lado das regras de *common law*, feitas pelos Tribunais de Westminster (também chamados de Tribunais

³³³ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 122. Tradução nossa de: “Almost inevitably during the course of the sixteenth century the Court of Chancery was ceasing to be a forum for the personal views and predilections of an individual chancellor and was assuming the qualities of an ordinary legal court. But even then the principles of equity continued to be based upon what was conceived as a precept of rational understanding or the divine-inspired canons of the universe. Under the lawyer-chancellors the processes of equity and the processes of common law drew closer together. Equity became more systematized; it began to supplement the common law courts and to adjust and harmonize their decisions. Moreover, the lines of demarcation between the two systems became clearer, and it was accepted that the Court of Chancery would only intervene in a case before a court of common law if the application of established legal axioms would lead to gross injustice, or if the circumstances were tainted by fraud, deceit, or unconscionable behaviour. The actual organization of the chancery gave it better facilities than those which existed in the common law courts for the examination of complicated accounts, thus heightening its suitability for the settlement of any disputes concerning the administration of estates, the dissolution of partnerships, or the misappropriation of funds held in trust. The Court of Requests, founded by Henry VII in 1493, was a special court for the attainment of equitable remedies by impecunious litigants.”

ou *Cours de common law*), há as regras de equidade que, até 1875, eram aplicadas exclusivamente pelo Chanceler ou Tribunal da Chancelaria. No início, inclusive, havia uma grande preocupação na utilização dessas regras pelo Chanceler, que poderia usurpar a competência das Cortes reais, o que não ocorreu, segundo Anthony Babington, porque os Chanceleres “adotaram o princípio de que a equidade apenas assistiria quando a *common law* não oferecesse solução”.³³⁴

As regras de *equity* vieram como que para corrigir o Direito Inglês da *common law*, e acabaram vingando, e tornaram-se, segundo René David, tão estritas e jurídicas como estas³³⁵. Anthony Babington bem destaca que as regras de *equity* eram utilizadas porque existiam graves problemas na *common law*, como a corrupção do júri, os limitados recursos e ações, os axiomas, o formalismo e as intrincadas regras de procedimento. Por outro lado, a *equity* “estava sempre presente para satisfazer os requerimentos de boa consciência, levando em conta as particularidades dos casos que envolvessem negócios fraudulentos ou quebra de confiança”³³⁶.

William Geldart³³⁷ anota que o procedimento adotado pelo Chanceler, de interferir na *common law*, por exemplo, dizendo que determinada pessoa não poderia utilizar-se dos Tribunais da *common law* por razões de justiça, tornou-se cada vez mais freqüente e passou a ser sistematizado pelas regras de equidade, baseadas na consciência e valores de justiça, devendo, se possível, servir de precedente para casos futuros, o que é uma das grandes marcas do Direito Inglês.

J.H. Baker³³⁸ explica que a equidade não era nada tão novo, já que Aristóteles falava dela para corrigir leis genéricas que não conseguiam servir a vários casos. O que era novo era a aplicação pelo Chanceler, como esse corpo de princípios não escritos, e a sua “distinção” da *common law*. René David³³⁹ enumera cinco diferenças entre a equidade e a *common law* até 1875:

³³⁴ *Id.* p. 100. Tradução nossa de: “adopted the principle that equity would only assist when common law offered no redress”.

³³⁵ DAVID, René. *Op. cit.* p. 363.

³³⁶ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 101. Tradução nossa de: “was ever present to satisfy the requirements of good conscience, taking account particularly of cases which involved fraudulent dealing or breach of confidence”.

³³⁷ GELDART, William. *Introduction to English Law.* p. 25.

³³⁸ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 106.

³³⁹ DAVID, René. *Op. cit.* p. 380.

- (i) as regras de equidade eram desenvolvidas exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria, tendo uma origem histórica diferente das da *common law*, elaboradas pelos Tribunais de Westminster;
- (ii) só a Chancelaria aplicava as regras de equidade;
- (iii) o processo de equidade era distinto do da *common law*, pois era sempre escrito e não comportava júri;
- (iv) as soluções de equidade eram diferentes das soluções que podiam ser ordenadas por um Tribunal de *common law*;
- (v) a outorga de uma solução de equidade tinha um carácter discricionário;
- (vi) começa a haver uma preocupação maior em se utilizarem como fundamento e guia decisões precedentes, para trazer segurança jurídica e evitar falhas.

Com o passar do tempo, os próprios princípios passaram a ser sistematizados e escritos, o que não era ideal, pois a essência da equidade como um corretivo para o rigor das leis era, segundo J.H. Baker³⁴⁰, que ela não deveria ser escrita. E o Chanceler começou a utilizar os seus precedentes, até por pressão das Cortes de *common law*, para evitar o arbítrio e intromissões nas decisões destas.

A “correção” almejada da *common law* também começou a ser substituída pela atividade do Parlamento, que poderia intervir se o Direito Inglês necessitasse de algum aperfeiçoamento. Aliás, os próprios princípios de equidade estavam refletidos em determinadas regras escritas, o que fez com que a equidade perdesse um pouco de suas características originais.

Nesse contexto, observa-se o desenvolvimento da *statute law*. Embora a legislação sempre fosse considerada secundária em relação à jurisprudência, não se pode olvidá-la, notadamente no século XIX, no qual observou-se um desenvolvimento notável de *statutes* pelo Parlamento³⁴¹.

Anthony Babington³⁴² anota que, desde o século XIII, percebe-se alguma atividade legislativa do Parlamento. Todavia, a partir do século XVII, durante a dinastia Stuart, ganhou força essa atividade, o que pode ser atribuído, em parte, às disputas e

³⁴⁰ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 109.

³⁴¹ Cumpre destacar que, não obstante o relevo da jurisprudência em face da atividade legislativa, os reis da Inglaterra também “legislavam” e tiveram uma produção muito intensa, principalmente nos séculos XIII e XIV.

³⁴² BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 77.

acertos entre o rei e o Parlamento, após longa Guerra Civil³⁴³, sobre a divisão de poderes e supremacia da lei. E essa atividade legislativa do Parlamento, com a participação também da *House of Commons*, e com o fortalecimento do controle da atividade real pelo Parlamento, entre outros fatos, ilustram como a Inglaterra passou de um estado feudal para uma monarquia constitucional a partir do século XIII.

Apesar do desenvolvimento da *statute law*, a divisão entre *common law* e *equity* permaneceu intacta, e a Chancelaria sofreu vários ataques, em função da morosidade da prestação jurisdicional, chegando, até, a ser proposta sua extinção, em 1653, durante debates no Parlamento. A solução a que se chegou, todavia, foi tentar restabelecer o caráter extraordinário de correção da *common law* pela *equity*.

A partir do século XVIII, com a dinastia Hanover³⁴⁴, nota-se a afirmação do papel e da supremacia da lei. A *House of Lords* foi afirmada como a mais alta Corte de Apelação em matéria cível, de qualquer decisão de Tribunal Inglês, Escocês ou Irlandês. A disputa entre a Chancelaria e as outras Cortes persistiu, bem como as críticas à morosidade dos processos em trâmite na Chancelaria. Também observa-se, durante a dinastia Hanover, uma maior atuação do Parlamento, até para minimizar os reflexos sociais da Revolução Industrial.

Para melhor compreensão, merecem ser sistematizadas, com base em William Blackstone³⁴⁵, a organização das Cortes inglesas até o século XVIII³⁴⁶:

- (i) *piepoudre, curia pedis pulverizati* — Cortes *of record* de menor nível hierárquico, encarregadas de resolver litígios surgidos em feiras e mercados; das suas decisões cabiam *writs of error* para as Cortes de Westminster;

³⁴³ James I (1603-1625) foi o primeiro rei da dinastia Stuart e enfrentou graves problemas em função do seu autoritarismo e pretensão de sobrepor-se ao Parlamento e juízes. Sucedido por Charles I (1625-1649), também marcado pelo autoritarismo e distanciamento do Parlamento, deu margem ao início da Guerra Civil e a Inglaterra ficou sendo governada por Comitês, sem um rei presente até a vinda de Charles II (1649-1685) para a Inglaterra em 1660, quando houve um acordo de divisão de poderes entre o Parlamento e o rei (o rei deveria, inclusive, reconhecer a atividade legislativa do Parlamento). Após problemas práticos (e dissoluções do Parlamento), Charles II é sucedido por James II, Duke of York (1685-1688), e por William III (1689-1702). Em 1689, foi assinado o *Bill of Rights*, que se aproxima, segundo Anthony Babington (*Op. cit.* p. 157) à primeira Constituição escrita Inglesa, que levou a um acerto de poderes entre o Parlamento e o rei, e ao reconhecimento da supremacia da lei. William III foi sucedido por Anne (1702-1714), a última monarca dos Stuart.

³⁴⁴ A dinastia Hanover tem início com George I (1714-1727), sucedido por George II (1727-1760), George III (1760 — 1820), George IV (1821 — 1830) e William IV (1830 — 1837).

³⁴⁵ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England*. pp. 32 e segs.

³⁴⁶ As quatro primeiras espécies de Cortes estavam em declínio, tendo a competência reduzida, em função do aumento do poder real e concentração das atividades nos Tribunais de Westminster.

- (ii) *court-baron* — Cortes encarregadas de apreciar litígios nos feudos, além de determinadas ações de natureza pessoal, em razão do valor; não são Cortes *of record*, razão pela qual suas decisões não desafiam *writs of error*, mas *writs of false judgment*, para as Cortes de Westminster, *writs of pone*, e *accedas ad curiam*;
- (iii) *hundred court* — é uma *court-baron* maior, relacionada a um *hundred* ao invés de feudo (*manor*);
- (iv) *county court* — é uma Corte *of not record*, com a jurisdição limitada à dos *sheriffs*, que pode apreciar determinadas ações de natureza pessoal e real; foi esvaziada, assim com as *hundreds courts* em função da transferência de competência para as Cortes reais; das suas decisões, cabíveis *writs of pone or recordare* para os Tribunais de Westminster;
- (v) *Court of common pleas* ou *common bench* — Corte de *common law* que costumava seguir o rei, até ser estabelecida em Westminster; é uma Corte *of record*, encarregada de julgar demandas “comuns”, entre particulares, que não envolvam o rei (*pleas of the crown*), bem como recursos de cortes inferiores; das suas decisões, cabível *writ of error* para a Corte *of king’s bench*;
- (vi) *Court of the king’s bench* — tradicional Corte real, que, além de seguir o rei, costumava ser presidida por ele, em pessoa; controla as Cortes inferiores e pode avocar processos para sua apreciação, bem como trancar o seu andamento nas outras Cortes; em geral, aprecia litígios em que haja interesse real; julga *writs of error* da Corte *of common pleas* e recursos das cortes inferiores; apesar de sua elevada jurisdição, as decisões dessa Corte podiam, dependendo da natureza da ação e do procedimento seguido, ser revistas pela *House of Lords* ou pela *Court of exchequer chamber*;
- (vii) *Court of Exchequer* — Corte inferior à *king’s bench* e à *common pleas*, encarregada da receita da Coroa e de recuperar os impostos e débitos reais; é dividida em uma parte administrativa e outra judicial que, por sua vez, é subdividida em uma Corte *of equity* e outra *of common law*; perante a primeira, prestam contas os devedores do rei, e a segunda aprecia os *writs of quo minus* (prejuízos/injúrias que o devedor sofreu); das suas decisões são cabíveis *writs of error* (parte de *common law*) para a *Court of exchequer chamber* e,

posteriormente, para a *House of Lords*, e *appeal* (parte de *equity*) para a *House of Peers*;

- (viii) *High Court of Chancery* — assim chamada em função do chanceler que a presidia; acumulava várias funções, dentre as quais a primordial de expedir os *original writs*; com a utilização da equidade, essa Corte passou a também corrigir as imperfeições da *common law*, caso a caso; das suas decisões cabia apelação para a *House of Peers* (sobre a equidade) e *writ of error* para a *House of Lords* (sobre a *common law*);
- (ix) *Court of Exchequer Chamber* — jurisdição limitada a apreciar recursos de outras Cortes; originalmente criada por Edward III para apreciar, mediante *writ of error*, as decisões da parte de *common law* da *Court of Exchequer*, teve sua competência ampliada para apreciar, também por *writs of error*, decisões em processos originários da *King's Bench*; das suas decisões, cabia *writ of error* para a *House of Peers*;
- (x) *House of Peers* — Corte Suprema, com origem na antiga *aula regis*, dissolvida nas outras Cortes de Justiça, não tem jurisdição originária, limitando-se a apreciar apelações e *writs of error* de outras Cortes, corrigindo injustiças e erros; das suas decisões, não é cabível nenhum recurso;
- (xi) *Courts of assise and nisi prius* — são duas vezes por ano enviadas pelo rei em missão por todo o território inglês para apreciar demandas de competência dos Tribunais de Westminster.

Durante o século XIX, com o advento da Dinastia Victoriana³⁴⁷, foi definitivamente afirmada a soberania da Coroa. Determinadas prerrogativas foram conquistadas e através de um complexo sistema de “checks and balances” a Constituição não escrita da Inglaterra ganhou estabilidade e segurança.

De fato, o século XIX foi marcado por profundas transformações, principalmente em 1832, 1833 e 1852. Até então, o Direito era marcado por fórmulas processuais definidas, os *writs*. A partir das reformas, começou a preocupar-se mais com o fundo do Direito, ao invés das técnicas processuais. Anthony Babington destaca que um “número de formalidades processuais obsoletas foram abolidas em 1852, com

³⁴⁷ A dinastia Victoriana tem início e fim com a rainha Victoria (1837 — 1901).

algumas técnicas de postulação civil, e esse processo foi levado a cabo pelo Ato Processual da *Common Law*, de 1854”³⁴⁸. No mesmo sentido, Derek Roebuck fala que “as formas de ação foram abolidas aos poucos no século dezenove. O processo foi completado pelos Atos Processuais da *Common Law* de 1852 e 1854 e pelo *Judicature Acts* de 1871 e 1873.”³⁴⁹ A abolição das estritas formas dos *writs* não significou, todavia, o esquecimento do processo, como destacam W.W. Buckland e Arnold D. McNair, em estudo comparativo com o Direito Romano:

“Assim como entre nós, a abolição da forma das ações, no século XIX, que facultou às partes levar seu caso à apreciação por qualquer forma conveniente, não fomos dispensados da obrigação de mostrar que tínhamos a possibilidade de demandar sob o velho sistema, da mesma forma, parece que a abolição da *formula* (também em um tardio estágio da história jurídica) tivera algum efeito direto sobre o Direito substantivo.”³⁵⁰

A própria organização judiciária foi modificada, entre 1873 e 1875, pelos *Judicature Acts*. Foi suprimida a distinção formal dos Tribunais de *common law* e a Chancelaria, e todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar ambas as regras — de *common law* e de *equity*. As características de não-codificação e não-intervenção total do legislador na obra de criação dos juízes são mantidas. Bem nota John Gilissen:

“Apesar da importância crescente da legislação, a Inglaterra permanece um país sem constituição escrita e sem códigos.

O *constitucional law* inglês baseia-se no costume e nos precedentes; invoca-se ainda a Magna Carta de 1215 e outros *acts* mais ou menos antigos (...).

³⁴⁸ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 231. Tradução nossa de: “a number of obsolete formalities in litigation were abolished in 1852 along with some of the needless technicalities of civil pleading, and this process was carried further by the Common Law Procedure Act of 1854.”

³⁴⁹ ROEBUCK, Derek. *The Background of the Common Law*. p. 49. Tradução nossa de: “the forms of action were abolished piecemeal in the nineteenth century. The process was completed by the Common Law Procedure Acts 1852 and 1854 and the Judicature Acts 1871-3.”

³⁵⁰ BUCKLAND, W.W. e MACNAIR, Arnold D. *Op. cit.* p. 382. Tradução livre de: “Así como entre nosotros la abolición de la forma de las acciones, en el siglo XIX, que facultó a las partes a plantear su caso en cualquier forma conveniente, no nos relevó de la obligación de mostrar que habríamos tenido

Também não existe em Inglaterra nenhum código contendo o conjunto das regras jurídicas relativas a um ramo do direito, semelhante aos códigos francês, alemão, etc. (...). No máximo, procedeu-se a compilações (chamadas em inglês *consolidations*) das leis existentes (designadamente em 1852-1863) e a codificações de algumas matérias bem limitadas (...).³⁵¹

Apesar da unificação da *common law* e da equidade, Derek Roebuck explica que, até por razões históricas, pode-se observar ainda a existência de dois sistemas com “investidura legal em uma pessoa e equidade em outra”³⁵².

Um dos objetivos da reforma de 1873 era o de simplificar e unificar o procedimento de postulação e andamento dos feitos nas Cortes. A preocupação era menor com o direito substancial e maior com o processo e com a formação e eleição dos juízes, que passaram a ser escolhidos entre pessoas com prática comprovada. William Geldart³⁵³ critica justamente isso — a falta de preocupação com o direito substancial. Segundo ele, isso faz com que se busque o significado do direito substantivo na época em que existiam Cortes distintas de *common law* e equidade, o que fica difícil com o passar do tempo.

De extrema importância, o *Judicature Act* de 1873, que criou a Suprema Corte, que deveria funcionar como a mais alta Corte de Justiça, reunindo os Tribunais Reais, e como Corte de Apelação. Como Corte de Apelação, era composta por cinco juízes³⁵⁴ vitalícios³⁵⁵. William Geldart³⁵⁶ anota que a Suprema Corte somava todos os poderes de uma Corte de *common law* e de uma Corte de equidade, utilizando-se das regras de ambos os tipos de Corte. Todavia, entre as regras de *common law* e as de equidade, havendo conflito, deveriam prevalecer estas.

A transferência de competência para apreciar recursos em última instância para a Suprema Corte causou reação, pois restaria suprimida a tradicional

posibilidad de demandar bajo el viejo sistema, así tampoco parece que la abolición de la formula (también en un tardío estadio de la historia jurídica) tuviera algún efecto directo sobre el Derecho sustantivo.”

³⁵¹ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 216.

³⁵² ROEBUCK, Derek. *Op. cit.* p. 69. Tradução nossa de: “legal ownership in one person and equitable ownership in another”.

³⁵³ GELDART, William. *Op. cit.* p. 38.

³⁵⁴ *The lord chancellor, the lord chief justice, the master of the rolls, the chief justice of common pleas and the chief baron of the exchequer*, segundo Anthony Babington (*Op. cit.* p. 233).

³⁵⁵ Que só poderiam ser removidos por determinação das duas Casas do Parlamento.

³⁵⁶ GELDART, William. *Op. cit.* p. 28.

jurisdição da House of Lords para apreciar os recursos. Três anos depois da edição do Act de 1873, um novo Ato, chamado de *Appellate Jurisdiction Act* devolveu à *House of Lords* a jurisdição recursal, que poderia rever, inclusive e curiosamente, decisões da Suprema Corte. J.H. Baker explica:

“Ocorreram consideráveis discussões sobre se a jurisdição recursal da *House of Lords* deveria ser mantida ou transferida ao Comitê Judicial do *Privy Council*; mas, em 1872, decidiu-se abolir a segunda apelação. Sob os *Judicature Acts*, como aprovados, a segunda jurisdição deveria ter desaparecido, mas, antes que a nova legislação entrasse em vigor, a oposição conservadora dos membros do governo de Disraeli forçaram uma reconsideração do papel da *House of Lords*. No último momento, o esquema original foi alterado, e aos Lords deu-se jurisdição recursal superior à da Corte de Apelação, e uma nova medida foi introduzida, *the lord of appeal in ordinary*. Ironicamente, a Corte estabelecida sob o Ato de 1873 manteve o título de Corte Suprema, apesar de sua supremacia ter sido abolida antes do nascimento. Por outro lado, a *House of Lords* judicial que, na verdade, ocupava a posição suprema não era mais a Câmara mais alta do parlamento, mas uma Corte composta por juízes profissionais qualificados, ocupantes do cargo independentemente dos assentos parlamentares da *House*.”³⁵⁷

Ainda sob o reinado da rainha Victoria, em 1881, houve a fusão da *Common Pleas* e do *Exchequer*, que passaram a integrar a *Queen’s Bench*. A partir daí, a Suprema Corte passou a funcionar de forma tripartite, composta pela *Queen’s Bench*,

³⁵⁷ BAKER, J.H. *Op. cit.* p. 142. Tradução nossa de: “There had been considerable prior discussion as to whether the appellate jurisdiction of the House of Lords should be retained, or transferred to the Judicial Committee of the Privy Council; but by 1872 it was decided to abolish the second appeal altogether. Under the Judicature Acts as passed, the second jurisdiction would indeed have disappeared; but, before the new legislation came into force, conservative opposition from members of Disraeli’s government forced a reconsideration of the role of the House of Lords. At the last moment the original scheme was changed, the Lords were given a statutory appellate jurisdiction akin but superior to that of the Court of Appeal, and yet another judicial rank was introduced, the lord of appeal in ordinary. Ironically, the court established under the 1873 Act retained the title Supreme Court of Judicature, though its supremacy had been snatched from it before birth. On the other hand, the judicial House of Lords which in truth occupied the supreme position was no longer the same as the upper chamber of parliament, but a court composed of professionally qualified judges sitting in committee independently of the parliamentary sittings of the House.”

pela Chancelaria e pela *Admiralty, Probate and Divorce*³⁵⁸. Em 1884, todas passaram a ocupar o mesmo prédio.

A partir de 1901 — período moderno —, com a ascensão ao trono de Edward VII (1901 — 1910), as bases do Direito Inglês já estavam firmadas, assim como o modelo constitucional da monarquia inglesa³⁵⁹. E outros avanços foram obtidos, como o estabelecimento, em 1907, da Corte de Apelação Criminal³⁶⁰, que deveria julgar apelações contra veredictos e sentenças. A *House of Lords* poderia, também, rever essas decisões.

Com a proximidade e a chegada da Primeira Guerra Mundial, alguns problemas ocorreram, como disputas e crises entre a *House of Lords* e a *House of Common*, e crises sociais e econômicas pós-guerra a partir de 1918. Apenas em 1930, a Inglaterra atingiu período de segurança e paz, com desenvolvimento interno. Todavia, logo a seguir, nova crise foi ocasionada pela Segunda Guerra Mundial. Trinta anos após o desfecho da Guerra, a Inglaterra voltou a retomar seu caminho de crescimento. Em 1971, o chamado *Courts Act* novamente reformou a estrutura judiciária inglesa, tendo sido reafirmado o papel da Suprema Corte, integrada por uma Corte de Apelação, *High Court* e Corte da Coroa.

Por fim, válido destacar que, hoje³⁶¹, na Inglaterra, as Cortes de jurisdição regular³⁶² são divididas em *civil courts*, encarregadas de resolver disputas entre particulares e entre particulares e o Estado e *criminal courts*, encarregadas de

³⁵⁸ Segundo Geldart, a *Admiralty, Probate and Divorce* compõem, hoje, a *Family Division*. *Op. cit.* p. 28.

³⁵⁹ Importante destacar que o modelo constitucional da monarquia inglesa tem bases fortes, que subsistem até os dias atuais. O constitucionalismo inglês seguiu um modelo diverso dos países continentais. Ele é marcado por uma idéia mais presente de Constituição histórica, de que a Constituição é o documento que se destaca não por ser escrito, mas por representar os valores e institutos jurídicos inculcados na sociedade. E aí, é interessante observar a grande diferença do constitucionalismo histórico (europeu) para os modelos continentais. Na Inglaterra, nunca houve uma ruptura revolucionária, como ocorreu na França, a partir do que surgiu a necessidade de se garantirem novos valores conquistados pelos indivíduos. E também nota-se que a própria previsão dos fundamentos do Estado é muito mais presente no modelo individualista francês (continental), porque na Inglaterra, pela existência histórica de uma Constituição mista (poder dividido entre o Rei e o Parlamento) não se sentiu necessidade, através de uma ordem artificial, construída, de uma ordem política contratualizada.

³⁶⁰ *Court of Criminal Appeal*.

³⁶¹ Não se pode deixar de referir que recentes alterações foram implementadas pelos Acts de 1988 e 1990 (alterando, principalmente, a qualificação para postular em juízo) e de 1999 (sobre a ampliação do acesso à justiça). Cf. INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. pp. 3 e segs.

³⁶² Traduziu-se a expressão tradicionalmente utilizada na Inglaterra *Courts of Normal Jurisdiction*, que se distinguem das Cortes de Jurisdição Especial (*Courts of Special Jurisdiction*), a serem referidas na sistematização a seguir.

processos em que tenha havido o desrespeito da legislação criminal. Segundo Terence Ingman, todavia, “não há linha rígida demarcatória entre as Cortes civis e criminais desde que quase todas as Cortes exercem ambos os tipos de jurisdição. Excepcionalmente, a *county court*, como Corte puramente civil, exerce exclusivamente um tipo de jurisdição”.³⁶³

Também dividem-se as Cortes em superiores e inferiores, que estão submetidas à “prerrogativa de supervisão jurisdicional da *High Court*”³⁶⁴. São exemplos de superiores, a *House of Lords*, *Court of Appeal*, *High Court* e a *Crown Court*, e de inferiores as *County Courts* e as *Magistrate’s Courts*. Permanece, ainda, a distinção entre *courts of record* e *courts not of record*. São *of record*, por exemplo, a *House of Lords*, *Court of Appeal*, *High Court*, *Crown Court*, *Restrictive Practices Court*, *Employment Appeal Tribunal*, *County Courts* e *Coroner’s Courts*, e *not of record*, as *Magistrate’s Courts*.

Para melhor compreensão, cumpre sejam sistematizadas as atuais Cortes existentes na Inglaterra³⁶⁵:

- (i) *House of Lords* — é a Corte mais alta da Inglaterra, presidida pelo *Lord Chancellor*, e composta por mais 7 a 12 *Lords of Appeal in Ordinary*. A competência originária é, hoje, reduzida, limitando-se a determinadas causas “breaches of Parliament privilege in relation to itself”. Aprecia os recursos em última instância, dos processos da Inglaterra, Wales e Irlanda do Norte, tanto em matéria criminal como civil, em geral advindos da *Court of Appeal*. Foi muito criticada, no século XX, pela qualificação e critério de nomeação dos seus componentes e pelo conservadorismo;
- (ii) *Court of Appeal* — criada pelo *Judicature Act* de 1873 para ser a mais alta Corte recursal, já que se cogitou do fim da *House of Lords*. Hoje, julga recursos em matéria cível e criminal (*Criminal Appeal Act* de 1966). Juntamente com a

³⁶³ INGMAN, Terence. *Op. cit.* p. 1. Tradução nossa de: “there is no rigid line of demarcation between civil and criminal courts since almost all the courts exercise both types of jurisdiction. Exceptionally, the county courts as purely civil courts and exercise exclusively one type of jurisdiction.”

³⁶⁴ *Id. Ibid.* Tradução nossa de: “supervisory prerogative jurisdiction of the High Court”.

³⁶⁵ Quem melhor sistematiza as Cortes Inglesas é Terence Ingman (*Op. cit.* pp. 5-111), razão pela qual adotar-se-ão praticamente todas as suas distinções, complementando eventuais observações, com as lições de Stephen M. Gerlis e Paula Loughlin (*Civil Procedure*. pp. 9-22) e Penny Darbyshire (*Op. cit.* pp. 113-131). Ingman classifica as Cortes de (vii) a (ix) como de jurisdição especial.

Crown Court e a *High Court*, integra a Suprema Corte. A ela compete apreciar recursos em causas cíveis, oriundos das três divisões da *High Court* e das *county courts*, e em causas criminais de processos oriundos da *Crown Court*. É muito criticada em razão da demora no andamento dos processos, o que pode ser atribuído, em grande parte, às oitivas e uso da palavra na Corte;

- (iii) *High Court of Justice* — integrante da Suprema Corte, desde o *Judicature Act* de 1873, está dividida em *Chancery Division*, *Queen's Bench Division* e *Family Division*. A *Queen's Bench*, maior das três divisões, que absorveu quase toda a competência de *common law*, julga apelações cíveis e criminais de decisões da *magistrate's courts, tribunals* e da *Crown Court* e possui jurisdição originária para determinados casos de contratos e *torts*. A *Chancery Division*, sucessora da antiga *Court of Chancery* (equidade), tem competência puramente cível, tanto para determinados casos originários (propriedade intelectual, disputas industriais, etc.), como recursal (casos das *counties courts*). A *Family Division*, antiga *Probate, Divorce and Admiralty Division* possui competência originária para todas as causas matrimoniais, adoções, etc., e recursal, para recursos de decisões das *magistrate's courts* relacionados a procedimentos matrimoniais, problemas domésticos, etc.;
- (iv) *Crown Court* — foi criada por *Act* de 1971 para suceder os antigos *assizes* como integrante da Suprema Corte. É uma Corte Superior, não local, que pode se reunir em qualquer lugar da Inglaterra e *Wales*. A maior parte da jurisdição da Corte é criminal, podendo apreciar processos originários como recursos oriundos das *magistrate's courts*. Há, inclusive, a possibilidade de determinados processos complexos das *magistrate's courts* serem avocados para apreciação direta pela *Crown Court*. Sua jurisdição civil é pequena, limitando-se a determinados recursos (*licensing appeals*) das *magistrate's courts*;
- (v) *County Courts* — apesar do avanço e da prevalência da jurisdição real, em especial das Cortes de *common law*, na Inglaterra, casos pequenos e mais simples continuaram a ser apreciados em primeira instância pelas *county courts*. Hoje, há, aproximadamente, 230 *county courts* na Inglaterra e *Wales*. Inúmeros *Acts*

esfera cível, sofre limitações de três tipos — financeira (há um limite estipulado), geográfica (não pode o autor mover a ação onde bem entender) e técnica (algumas medidas, como mandados de segurança, etc., não podem ser apreciadas). Excepcionalmente, pode o *Lord Chancellor* atribuir competência a essas Cortes para determinadas causas, bem como as partes acordarem (com a concordância da *High Court*) em ter suas demandas apreciadas por elas. Em geral, o andamento dos feitos é rápido;

- (vi) *Magistrate's Courts* — têm sua origem em 1195, quando o Rei Richard I designou certos encarregados para manter a paz em nome do rei. Essas Cortes são integradas por juízes “leigos” (*lay*), em geral três, ou por um juiz (*district judges*) singular, que exerce a mesma jurisdição. Têm competência para apreciar causas criminais em rito sumário, inquéritos de acusados (*committal proceedings in the preliminary examination*) a serem processados pela *Crown Court* e determinadas causas de Direito de família (adoções, violência doméstica, etc.). As críticas mais comuns a essas Cortes dizem respeito ao critério político de nomeação dos juízes leigos.
- (vii) *The European Court (Court of Justice of The European Communities)* — foi criada a partir da existência da Comunidade Européia, sobrepondo-se, em questões relativa à Comunidade, à House of Lords. É integrada por quinze juízes escolhidos entre pessoas que possam ocupar as mais altas Cortes em cada país. A Corte aprecia questões trazidas por países membros, por instituições reconhecidas pela Comunidade Européia ou afetadas pelas Cortes nacionais, havendo limitações quanto a casos trazidos por cidadãos. Em 1986, foi criada uma nova *Court of First Instance of the European Communities*, na qual cabe recurso para a *Court of Justice*.
- (viii) *Judicial Committee of The Privy Council* — foi criado em 1833, pelo *Judicial Committee Act*, para ser a última Corte recursal de determinados países do *Commonwealth* (fora dos domínios do *United Kingdom*), bem como para apreciar recursos de pessoas, na Inglaterra, cujos nomes foram indicados pelos respectivos comitês disciplinares (dentistas, médicos, etc.) para serem excluídos dos seus cadastros, recursos dos tribunais eclesiásticos (extintos em 1963) e

recursos em *prize cases* de decisões da *High Court* quando funciona como *prize court*;

- (ix) *Employment Appeal Tribunal* — foi estabelecido em 1976, em sucessão ao *National Industrial Relations Court*. É composto por juízes da *High Court*, *Court of Appeal*, de Corte Escocesa e por leigos. Aprecia apelações das decisões de tribunais trabalhistas (relativas a descumprimentos de preceitos da legislação do trabalho). Sua jurisdição originária limita-se a dois casos — trabalhadores que foram desligados ou punidos por sindicatos.
- (x) *Restrictive Practices Court* — foi criado pelo *Restrictive Trade Practices Act* de 1956. É composta por cinco juízes e até dez leigos. É competente para decidir se acordos relacionados ao fornecimento de bens e serviços são válidos ou contrários ao interesse público. Nas questões de direito, das suas decisões é cabível recurso para a *Court of Appeal* e, posteriormente, para a *House of Lords*.
- (xi) *Coroner's Courts* — os *coroners*, espécie de auxiliares dos julgadores, eram designados, no século XII, para auxiliarem os *sheriffs* no exercício da jurisdição criminal. Hoje, em geral, são nomeados entre médicos com prática comprovada por pelo menos cinco anos. Têm competência para avaliar se determinados objetos são tesouros e para comandar inquéritos relacionados a mortes não-comuns e violentas. Os procedimentos dessas Cortes são irrecorríveis, mas podem ser revistos judicialmente.

- (i) *Administrative (or Statutory) Tribunals* — têm a função de resolver disputas entre particulares e a Administração. Há, hoje, por volta de 2.000 tribunais administrativos, funcionando sob a supervisão de um Conselho dos Tribunais. Cuidam, por exemplo, de questões de previdência social. São muito criticados porque em alguns deles não se admite a atuação de representantes legais. Foram criados, em grande medida, para desafogar e evitar sobrecarga nas Cortes judiciais;
- (ii) *Employment Tribunals* — antigamente eram denominados *Industrial Tribunals* e desenvolveram-se muito a partir do aumento da legislação trabalhista, entre 1960 e 1970. Sua composição — em geral um magistrado e dois juízes leigos — e procedimento são regulados pelo *Employment Tribunals Act* de 1996. Têm competência para apreciar questões relativas ao Direito do Trabalho em geral, como reclamações contra demissões injustificadas, discriminação no trabalho, etc. Das suas decisões cabe recurso, quanto à matéria de direito, não quanto a fatos para o *Employment Appeal Tribunal*;
- (iii) *Domestic Tribunals* — são criados pelos organismos privados para propósitos internos, como resolver problemas disciplinares de sindicatos. Todos esses tribunais estão, todavia, submetidos ao controle das Cortes judiciais, ao dever observância a princípios de justiça natural e a suas próprias regras, que não podem ser extrapoladas.

3.1.2. A jurisprudência e os precedentes no Direito Inglês — *stare decisis*

Como visto, todo o desenvolvimento da *common law* teve uma preocupação central — ajustar o processo para que as demandas pudessem ser resolvidas pelo juiz. Não se dava atenção tão grande a eventuais normas a serem produzidas pelo Parlamento e até à proteção material dos bens.

E o respeito à jurisprudência pretérita, bem como aos precedentes, demonstra bem a maior preocupação com a resolução de casos concretos de forma

efetiva a partir de uma base não-legislativa. Aliás, o sistema dos precedentes³⁶⁸ é uma forma de trazer segurança jurídica para uma organização que não tem uma base legislativa escrita forte. René David é preciso:

“A autoridade reconhecida aos precedentes é, por via de consequência, considerável, pois pode revelar-se como sendo a própria condição de existência de um direito inglês. No entanto, essa autoridade variou conforme a época. Tornou-se mais estrita no século XIX, época de expansão da indústria e do comércio, quando sentiu-se uma necessidade maior de segurança nas relações jurídicas.”³⁶⁹

James Stoner também destaca que:

“Como faltava um código escrito, a evidência escrita da *common law* deveria ser achada nos registros de casos previamente decididos. Aprender o direito significava aprender esses precedentes e as regras de direito estabelecidas por eles, mas também entender as razões por trás deles; foi uma máxima na *common law* que o precedente que fosse contra a razão não era direito. Decidir um caso na *common law* requeria a determinação de quais precedentes eram apropriados para o caso em análise. Foi determinado na retórica da *common law*, e deixado para ser fixado pelo juiz, na sua atividade de descoberta (não inventiva), de qual o direito que governa o caso analisado. Se um caso parecesse ser novo, o juiz deve proceder pela analogia ao precedente apropriado.”³⁷⁰

³⁶⁸ Tecnicamente, COHEN, Morris L., BERRING, Robert C., OLSON, Kent C. (*How to find the law*. p. 3) falam em *stare decisis* enquanto doutrina do sistema da *common law* segundo o qual os precedentes jurisprudenciais devem ser seguidos. Segundo Saul Brenner e Harold J. Spaeth (*Stare indecisis — the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. p. 1), *stare decisis* é uma abreviação da frase Latina “*stare decisis et non quieta movere*”.

³⁶⁹ DAVID, René. *O Direito Inglês*. p. 13.

³⁷⁰ STONER JR, James R.. *Common-law Liberty — Rethinking American Constitutionalism*. p. 11. Tradução nossa de: “Though a written code was lacking, the written evidence of common law was to be found in the records of cases previously decided. To learn the law meant to learn these precedents and the rules of law they established, but also to understand the reasons behind them; it was a maxim at common law that a precedent that ran against reason was no law. To decide a case at common law required a determination of what precedents were appropriate to the case at hand. It was settled in the rhetoric of common law, and held to be fixed in the judge’s duty to discover, not invent, what law governed the case at hand. If a case seemed genuinely novel, the judge was to proceed by analogy to the appropriate precedent.”

Segundo o Black's Law Dictionary, o *stare decisis* significa “a doutrina do precedente, que uma Corte deve seguir as decisões judiciais anteriores quando os mesmos pontos surgem em novos *litigious*”³⁷¹. Pode-se falar, ainda, em *stare decisis* na forma vertical e na horizontal, conforme refira-se à obrigação, respectivamente, das cortes inferiores seguirem os precedentes das superiores (de mesma jurisdição), ou das cortes seguirem seus próprios precedentes ou de uma corte de mesma hierarquia.

E o interessante é que, seguindo a tendência do Direito Inglês da *common law*, a norma que se deve seguir, o precedente, sequer está escrita, mas encontra-se inserida, como um princípio geral, na prática do sistema. Por essa razão é que se pode afirmar que, na tradição inglesa, a decisão judicial tem duas funções. A primeira, de dirimir a controvérsia imediata, e a segunda de estabelecer o precedente, que servirá de base para futuras decisões e trará, por consequência, segurança jurídica³⁷². E. Allan Farnsworth é preciso:

“A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa, é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é freqüentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis*, da frase *stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos. A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição, não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição ou nas leis, e nem mesmo regra de ofício. A

³⁷¹ *Black's Law Dictionary*. p. 661. Tradução nossa de: “the doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”.

³⁷² Apesar de não ser objeto específico do presente estudo, a discussão sobre o precedente traz à tona o debate sobre as fontes do Direito (que, segundo Savigny, a grosso modo, são as fontes determinantes do direito). Tercio Sampaio Ferraz Júnior. (*Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. pp. 244 e segs.) entende que a jurisprudência é fonte do Direito na *common-law*, no sistema romano-germânico, não. Mas mesmo não sendo lei, o papel da jurisprudência na constituição do direito é inegável, porque através da interpretação é que se dá o sentido geral de orientação para a lei. Ricardo Guibourg (GUIBOURG, Ricardo A. *Fuentes del Derecho* in VALDÉS, Ernesto Garzón, LAPORTA, Francisco J.. *El Derecho y la Justicia*.), por outro lado, consigna que, nos países de tradição jurídica romano-germânica, chama-se jurisprudência ao conjunto de sentenças judiciais de onde se pode inferir uma norma geral nova ou certa interpretação de um texto legal preexistente. No sistema anglo-saxão, por outro lado, a criação judicial de normas se interpreta segundo o modelo do precedente, que significa que a doutrina (*ratio decidendi*) que se infere de cada sentença individual é obrigatória para todos os juízos futuros. A prática, entretanto, ameniza esse princípio do precedente, mediante métodos argumentativos, como a seleção do precedente, a formulação ou reformulação da doutrina, a determinação das circunstâncias relevantes entre os casos, etc.

justificação *comumente* dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar previsível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes.³⁷³

Conforme já anotado, a partir em especial do século XIII³⁷⁴ é que teve início de forma mais sistematizada a utilização dos precedentes pelos juízes ingleses. Segundo Arthur R. Hogue, a razão principal estava no cuidado que os julgadores deviam ter ao tomar decisões, presumindo sempre que o ocorrido em uma demanda, provavelmente ocorreria de novo³⁷⁵.

O objetivo central do precedente é trazer continuidade, previsibilidade, segurança e certeza ao sistema, enquanto fonte primária da *common law*. E, ao mesmo tempo, também dar flexibilidade, consoante bem anotam Glendon, Gordon e Carozza:

“A *common law* inglesa tem atributos tanto de flexibilidade como de rigidez. Uma decisão que deve, primeiramente, estabelecer uma regra clara em circunstâncias específicas, deve ser distinguida do que parecem ser idênticas circunstâncias.”³⁷⁶

Saul Brenner e Harold J. Spaeth³⁷⁷ colocam como justificativa para o *stare decisis* os seguintes valores: eficiência, continuidade do direito, justiça ou razoabilidade, legitimação e imposição.

³⁷³ FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. pp. 61-62.

³⁷⁴ Consoante bem nota Arthur R. Hogue (*Origins of the Common Law*. p. 200), merece destaque o papel exercido por Bracton, juiz autor do *Fleta*, livro com aproximadamente dois mil precedentes selecionados para ilustrar o Direito Inglês como um todo.

³⁷⁵ *Op. cit.* p. 202.

³⁷⁶ GLENDON, Mary Ann, GORDON, Michael W., CAROZZA, Paolo G.. *Comparative Legal Traditions*. p. 264. Tradução nossa de: “English common law has attributes both of flexibility and rigidity. A decision that might at first be assumed to establish a clear rule in specific circumstances, may be distinguished from what appear to be identical circumstances.”

³⁷⁷ BRENNER, Saul, SPAETH, Harold J. *Op. cit.* pp. 2-6.

Eficiência porque uma solução baseada em caso anterior tende a ser mais rápida do que uma nova.

Continuidade porque é importante, para as relações sociais, que haja previsibilidade nas decisões.

Justiça ou razoabilidade porque é mais justo ou razoável tratar casos semelhantes de forma semelhante³⁷⁸.

Legitimação porque uma decisão baseada em outra anterior torna mais fácil sua aceitação pelos jurisdicionados.

Imposição porque o *stare decisis* leva a uma seqüência importante que até pode ser quebrada, mas não sempre, a de observar o caso anterior, que ganha força e é afirmado, assim como o posterior que o seguiu.

A partir, portanto, de um caso anteriormente decidido, os juízes devem fundamentar e buscar soluções para os casos presentes. Os princípios utilizados para o primeiro caso, já analisados, devem servir para o segundo, mas, logicamente, se houver identidade fática ou jurídica. Sérgio Gilberto Porto é preciso ao discorrer sobre o tema:

“As decisões jurisdicionais, no sistema da *common law*, portanto, vinculam o juízo futuro. Devem ser seguidas, no porvir, pelo próprio juízo prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores, havendo reconhecimento pelo juízo posterior da identidade de casos.

Stare decisis aplica-se a todos os casos que apresentam a mesma questão legal, sem demonstrar preocupação com a idéia de identidade de partes, mas sim quando revele preocupação com a identidade de demanda, a partir do primado que causas iguais merecem soluções idênticas. O que importa, adotando-se linguagem própria do sistema romano-germânico, especialmente na senda brasileira de tal família jurídica, é a identidade de suporte fático e pretensão. Havendo, pois, identidade de causas, há vínculo a ser seguido e respeitado, como garantia de isonomia de tratamento jurisdicional.”³⁷⁹

³⁷⁸ Consoante anotado em tópico próprio, a definição de justiça não é unívoca. Mas é possível falar-se em justiça formal, sem maiores problemas — tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

³⁷⁹ *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial in Estudos de Direito Processual Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). p. 766

A verdadeira decisão tomada pelo Tribunal, ou melhor, a razão utilizada pela Corte, é chamada de *ratio decidendi* (ou razão de decidir), e é vinculativa, devendo ser respeitada. Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência da *common law* falam, também, em *obiter dictum*, o que integra a decisão de forma indispensável, mas não vincula para os casos subseqüentes.

O *obiter dictum* é a fundamentação do precedente que pode ser usada como suporte argumentativo para o caso presente. Costuma-se dizer que são “the things said by the way”, as explicações ou ilustrações adotadas pela decisão. Segundo *Eddey e Darbyshire*:

“O elemento mais importante e vinculativo de um julgamento é o princípio legal que é a razão da decisão ou *ratio decidendi*, como é comumente conhecido; e, então, o lembrete do julgamento, determinações que explicam quais casos citados e princípios legais suscitados perante a Corte, são chamados de *obiter dicta* ou coisas faladas paralelamente, de passagem. O conjunto de uma divergência de julgamento (minoritária) é *obiter*.

É a *ratio* de uma decisão que constitui a vinculação do precedente; ou *rationes* se tiver mais de uma razão. Então, quando em um caso um juiz refere-se a um precedente, a primeira tarefa da Corte é decidir qual era a *ratio* daquele caso, e em qual extensão ele é relevante para o princípio a ser aplicado no presente caso. Apesar de um *obiter dictum* não ser vinculativo, ele pode, se vier de um juiz respeitado, ser muito útil no estabelecimento de princípios no caso sob consideração.”³⁸⁰

³⁸⁰ *Op. cit.* pp. 39-40. Tradução de: “The most important and binding element of a judgment is the legal principle which is the reason for the decision or ‘*ratio decidendi*’ as it is known; and then the remainder of the judgment, statements which deal by way of explanation with cases cited and legal principles argued before the court, are called ‘*obiter dicta*’ or things said by the way. The whole of a dissenting (disagreeing minority) judgment is ‘*obiter*’.

It is the ‘*ratio*’ of a decision which constitutes the binding precedent; or ‘*rationes*’ if there is more than one reason. So that when in a case a judge is referred to a precedent, the first task of the court is to decide what was the ‘*ratio*’ of that case, and to what extent it is relevant to the principle to be applied in the present case. Whilst an ‘*obiter dictum*’ is not binding, it can, if it comes from a highly respected judge, be very helpful in establishing the legal principles in the case under consideration.”

Mas mesmo não sendo vinculativas, as *obiter dictum* podem ter grande força, consoante anota William Geldart, dependendo, principalmente, do prestígio e reputação do juiz em particular que proferiu a decisão de forma fundamentada³⁸¹.

E os próprios precedentes podem não ser vinculativos, podendo ser desconsiderados. Isso porque as decisões das Cortes Superiores, como a House of Lords e a Corte de Apelação, vinculam as das inferiores, mas estas não necessariamente terão suas decisões consideradas por aquelas. William Geldart mais uma vez anota, destacando que, apesar disso, a decisão inferior pode ser respeitada e seguida:

“A decisão de uma Corte inferior não é, em primeira instância, vinculativa de nenhuma outra Corte acima dela. Mas, ao longo do tempo, ela pode adquirir uma autoridade que nem uma Corte superior irá desconsiderar. Pode acontecer que uma questão jamais chegue à Corte de Apelação ou à *House of Lords*, mas que as Cortes inferiores têm repetidamente decidido no mesmo sentido; ou pode acontecer que até mesmo uma única decisão de uma Corte inferior permaneça por muito tempo sem ser questionada. Em tais casos, o resultado necessário será o de que os advogados e o público considerarão aquela decisão como lei, e agirão como se ela for lei. As pessoas terão celebrado contratos, feito negócios, negociado suas propriedades, com base em tal decisão, e a desconsideração da regra seria muito prejudicial e difícil.”³⁸²

Nesse ponto, interessante observar que a doutrina inglesa faz a distinção entre os “persuasive precedents” que existem ao lado dos “binding precedents”. Enquanto estes são vinculativos, aqueles não são. Os “binding” só não serão aplicados se revistos ou em casos em que seja feita a distinção fática entre a hipótese a ser julgada e o precedente.

Por outro lado, os “persuasive” não vinculam, não sendo automaticamente aplicáveis. Podem ser citados como exemplos os precedentes de

³⁸¹ *Op. cit.* p. 9.

³⁸² *Id.* p. 8. Tradução nossa de: “A decision of a lower court is not, in the first instance, binding on any court ranking above it. But in the course of time it may acquire an authority which even a higher court will not disregard. It may happen that a question has never been carried up to the Court of Appeal or to the House of Lords, but that the lower courts have repeatedly decided it in the same way; or it may be that even a single decision of a lower court has remained for a long time unquestioned. In such a case the necessary result will be that lawyers and the public have come to regard such a decision as law, and have

Cortes inferiores (que não vinculam as superiores), as decisões do Privy Council, das Cortes de outros países como Escócia, Irlanda, Austrália, Canadá e Nova Zelândia, e os já referidos *obiter dicta*. Terence Ingman bem explica o peso dos “persuasive precedents”, que podem servir como verdadeiros argumentos ou fundamentos de decidir, sem, repita-se, vincular outra decisão:

“O peso que um determinado precedente individual terá dependerá de vários fatos, como a hierarquia da Corte, o prestígio do juiz envolvido, a data do caso, se o julgamento foi oportuno, se houve alguma opinião dissidente, se o caso foi contestado e se o ponto em debate foi suscitado ou meramente concedido em consenso.”³⁸³

E, ainda, para se verificar se um precedente será aplicado ou não, é necessária também a análise das circunstâncias do novo caso submetido à apreciação do magistrado. Se, porventura, encontrar elemento particular que não existia no precedente, pode completá-lo ou reformulá-lo, para chegar a uma solução razoável. Essa chamada técnica de distinção é fundamental para o desenvolvimento da jurisprudência dos Tribunais ingleses. René David destaca:

“A técnica das distinções é, no direito inglês, direito jurisprudencial, a técnica fundamental. É por ela que o direito inglês evoluiu, apesar da regra do precedente que, tal como é formulada hoje em dia, parece lhe conferir uma extrema rigidez. Para apreciar com realismo a situação, não esqueçamos que, logo após a codificação francesa, certos autores viram nessa codificação o perigo de um estancamento imposto à evolução de nosso direito. Doutrina e jurisprudência souberam evitar esse perigo, recorrendo a fórmulas variadas, flexíveis, de interpretação dos textos. Graças à técnica das distinções

acted as if it was law. People will have made contracts, carried on business, disposed of their property, on the faith of such a decision, and the reversal of the rule would involve enormous hardship.”

³⁸³ INGMAN, Terence. *Op. cit.* p. 326. Tradução nossa de: “The weight to be attached to any individual persuasive precedent will depend on several factors, such as the rank of the court in the hierarchy, the prestige of the judge(s) involved, the date of the case, whether judgment was reserved or given *ex tempore*, whether there was any dissenting opinion, whether the case was contested and whether the point in question was argued or merely conceded by counsel.”

que lhes é própria, os juristas ingleses podem conviver com a regra do precedente rígida em tese.”³⁸⁴

A jurisprudência e a doutrina inglesas, atualmente, para verificar se um precedente é ou não aplicável (o que não é tarefa fácil, considerando que, algumas vezes, o precedente pode ser muito amplo ou muito restrito), tendem a considerar não a razão de decidir conforme a decisão originária, mas conforme uma futura, e mais atual, interpretação dada a ela. Isso é interessantíssimo porque bem mostra a importância de uma interpretação próxima da realidade atual, também na *common law*, consoante oportunamente será anotado. Terence Ingman, por todos, bem resume:

“A visão atual e geralmente aceita é a de que a *ratio decidendi* de um caso é o que é determinado por uma Corte em um último caso e não o que o juiz no caso precedente considera ser. Essa abordagem no sentido de achar a *ratio* de um caso torna possível para um juiz em um caso atual relegar ao status de *obiter dicta* declarações que pudessem ser consideradas *ratio*. Isso significa, também, que, desde que os fatos de dois casos não sejam idênticos, o juiz no caso atual geralmente tem a tarefa de restringir ou aumentar a *ratio* do caso precedente. Se ele decide que a *ratio* não se aplica aos fatos atuais, ele está restringindo seu alcance. Se ele decide que a *ratio* aplica-se à diferente situação fática, ele está aumentando seu alcance.”³⁸⁵

Em síntese, pode-se afirmar que a regra de direito na Inglaterra tem um caráter diverso da do sistema romano-germânico, a seguir comentada. Neste, a regra é marcada pela generalidade, é elaborada em cima de princípios desenvolvidos pela doutrina, e objetiva regular as condutas na sociedade. No Direito Inglês, a regra deve ser apta a dar, de forma imediata, a solução a um litígio. Os juízes têm a preocupação de

³⁸⁴ DAVID, René. *O direito inglês*. p. 14.

³⁸⁵ *Op. cit.* p. 330. Tradução nossa de: “The modern, generally accepted view is that the *ratio decidendi* of a case is what it is determined to be by a court in a later case and not what the judge in the original case considered it to be. This objective approach towards finding the *ratio* of a case makes it possible for a judge in a later case to relegate to the status of *obiter dicta* statements which had hitherto been thought to be *ratio*. It also means that, since the facts of two cases are unlikely to be identical, the judge in the later case usually has the task of either restricting or enlarging the *ratio* of the earlier case. If he decides that the *ratio* does not apply to the facts before him he is restricting its scope. If he decides that the *ratio* does apply to the different factual situation he is enlarging its scope.”

resolver determinado caso concreto e, quando várias decisões já foram tomadas em um mesmo sentido, podem utilizá-las como precedentes ou até reconhecer um princípio.

Entendemos que isso pode ser atribuído, ao menos em parte, à existência do poder central forte, que levou ao desenvolvimento dos Tribunais reais sem que houvesse a preocupação de se produzirem regras no Parlamento a serem utilizadas pelos julgadores. Basta notar que o Chanceler, em determinado momento, conforme notado, ganhou o poder de emitir *writs in consimili* e utilizar a equidade para corrigir os abusos e defeitos do formalismo da *common law*.

Rodolfo de Camargo Mancuso bem destaca as razões pelas quais o sistema de vinculação ao precedente judiciário é satisfatória no Direito Inglês:

“No balanço da relação custo-benefício, não há como negar que o sistema da vinculação ao precedente judiciário vem se mostrando satisfatório para os países que o adotam, e isso em virtude de uma conjunção de fatores: *i*) historicamente, sabe-se que a *equity* opera como a grande força inspiradora e o ponto de equilíbrio da *common law*, fazendo com que se priorize a *justiça do caso concreto*, donde a relevância do precedente judiciário, como forma de assegurar igual tratamento aos casos afins; *ii*) a *common law* abrange povos e nações cujo caráter parece naturalmente vocacionado ao cumprimento espontâneo do padrão de conduta preestabelecido (*law abiding people*), o que contribui para atenuar a necessidade de um Direito escrito muito desenvolvido, espaço que de algum modo fica *suprido* pela eficácia jurídica e social dos precedentes judiciários; *iii*) o estudo desses precedentes — *o que são; como operam; como são pesquisados* — integra o currículo acadêmico dos futuros operadores do Direito, habilitando-os, assim, a lidar com as peculiaridades desse sistema (...).”³⁸⁶

A *legal rule* no Direito Inglês é, assim, jurisprudencial, oriunda da *ratio decidendi* das decisões dos tribunais. René David explica:

“A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual e para sua resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um

³⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. pp. 200-201.

nível superior senão deformando profundamente o Direito Inglês, fazendo dele um direito doutrinal; os ingleses são bastantes avessos a uma tal transformação e apenas adoptam, verdadeiramente, e em particular, as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a actividade interpretativa que elas exijam, quando forem efectivamente interpretadas pela jurisprudência; as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema do Direito Inglês, das disposições que o legislador editou.”³⁸⁷

Diz-se, por isso, que o sistema inglês é aberto, pois comporta uma técnica que permite resolver toda a espécie de questões, não é uma técnica de interpretação, mas de criação de regras. Para bem ilustrar essa “abertura”, merece ser referida a seguinte observação de E. Allan Farnsworth sobre a aplicação do precedente:

“No entanto, pode acontecer que a norma que o Tribunal teve a intenção de estatuir não venha a constituir o mérito aos olhos de um Tribunal posterior. Quando o Tribunal é chamado a aplicar a doutrina do precedente, é confrontado não com uma, mas com duas situações de fato concretas, a da decisão anterior e a do caso a decidir. Com ambas as situações de fato em vista, o Tribunal extrai uma norma da primeira e decide se é aplicável à segunda, isto é, determina se o segundo caso é análogo. Em muitas ocasiões, o precedente fornece uma norma bastante clara e razoável que o Tribunal aplica, freqüentemente, sem apreciar sua conveniência. Outras vezes um precedente aceitável não serve para um caso apropriado, ou um precedente indesejável serve para um caso não apropriado. Nesse ponto, é de reconhecer que a doutrina do precedente não exige uma adesão absoluta ao passado, mas admite técnica mais flexível, permitindo a uma juiz capaz aproveitar a sabedoria e a experiência de seus antecessores e rejeitar os erros e desatinos do passado.”³⁸⁸

Quanto à “criação” de normas pelos juízes, William Geldart bem destaca que há, historicamente, duas posições. Antigos doutrinadores, como William Blackstone e Matthew Hale³⁸⁹, consideravam que a norma já existia e que o juiz se limitava a

³⁸⁷ *Id.* p. 397.

³⁸⁸ *Op. Cit.* pp. 67-68.

³⁸⁹ Por exemplo, Matthew Hale explica que os costumes na *common law*, através da atividade judicial, ganham obrigatoriedade, força e eficácia (*Op. cit.* p. 26).

declará-la (com base em algo que já existe). Por outro lado, havia os que, como Bentham e Austin, concebiam os juízes como autênticos *law makers*. William Geldart discorda dessas posturas tradicionais e defende a prevalência da concepção que considera a evolução do desenvolvimento, e explica:

“A contradição entre a visão de que os juízes apenas declaram a *common law*, e a visão de que eles fazem novas leis da mesma forma que o legislador, é resolvida pela concepção de evolução do desenvolvimento que não era familiar nem aos antigos advogados, como Blackstone, nem a seus críticos, como Bentham e Austin. A essência dessa concepção é que uma coisa pode mudar e ao mesmo tempo continuar a mesma coisa. (...) é o mesmo e não é o mesmo. Toda decisão legal é um passo no processo de crescimento. Em cada caso, é verdade que já há uma lei aplicável aos fatos; é igualmente verdade que, quando a decisão é dada, a lei não é precisamente a mesma de antes. A dupla linguagem a que Maine se refere como uma evidência de uma ficção é realmente uma expressão de uma verdade fundamental.”³⁹⁰

A atividade legislativa, ou melhor, o direito de origem legislativa, o *statute law*, sempre ocupou, e ainda ocupa, apesar de estar mais desenvolvido a partir do século XIX, um papel secundário no Direito Inglês. Só é efetivamente incorporado pelo sistema se for reafirmado pelos tribunais. Todavia, não se pode deixar de reconhecer a supremacia, ao menos formal, hoje, da *statute law*, porque o juiz não pode recusar o cumprimento de uma norma emanada do Parlamento.

É que o sistema inglês, também chamado de *case law*, valoriza a formação de uma regra para resolver os casos concretos. E essas regras ganham força e autoridade com o tempo e podem (devem) ser usadas para o futuro, para resolver outros casos. Penny Darbyshire explica que “*case law* refere-se às decisões dos juízes

³⁹⁰ GELDART, William. *Op. cit.* p. 14. Tradução nossa de: “The contradiction between the view that judges merely declare the Common Law, and the view that they make new law in the same way as legislator does, is solved by the conception of evolution of development which was not familiar either to the old lawyers, such as Blackstone, or to their critics, such as Bentham and Austin. The essence of that conception is that a thing may change and yet remain the same thing. (...) It is the same and not the same. Every legal decision is a step in the process of growth. In every case it is true that there is already a law applicable to the facts; it is equally true that, when the decision has been given, the law is not precisely what it was before. The ‘double language’ which Maine refers to as evidence of a deep-seated fiction is really an expression of a fundamental truth.”

declarando os princípios legais derivados das circunstâncias das disputas particulares levadas à sua apreciação”.³⁹¹

William Geldart³⁹² enumera algumas vantagens e desvantagens do sistema britânico do *case law*. São vantagens:

- (i) uma maior certeza — alta probabilidade de casos futuros serem decididos com base nos anteriores;
- (ii) uma maior possibilidade de crescimento e desenvolvimento do sistema — novas regras substituem, surgindo novas circunstâncias, regras antigas;
- (iii) uma maior riqueza de detalhes — as regras são mais específicas do que qualquer uma codificada ou escrita;
- (iv) um maior caráter prático — já que as regras se baseiam em casos concretos.

São desvantagens:

- (i) uma maior rigidez — se algum caso foi decidido de forma errada e tornou-se um precedente, é mais difícil desfazer o erro;
- (ii) um maior perigo de distinções ilógicas — para não aplicar determinado precedente, o juiz pode fazer distinções muito específicas e superficiais;
- (iii) uma maior complexidade e um maior número — uma catalogação de milhares de volumes de precedentes tornam as regras mais difíceis de serem apreendidas e estudadas.

E, ainda que o Direito Inglês tenha, nas últimas décadas se utilizado mais do Direito estatutário, é certo que há diferenças entre as leis inglesas e as leis dos países de *civil law*. As inglesas tentam ser o mais precisas possíveis, descendo aos mínimos

³⁹¹ DARBYSHIRE, Penny. *Op. cit.* p. 36. Tradução nossa de: “case law is meant the decisions of judges laying down legal principles derived from the circumstances of the particular disputes coming before them.”

³⁹² GELDART, William. *Op. cit.* pp. 14-16.

detalhes até nas questões mais triviais, adotando, no mais das vezes, formas de expressão complexas.

3.1.3. O desenvolvimento do *statute law* — descaracterização dos precedentes?

René David nota que, no século XX, houve uma aproximação maior entre o Direito Inglês e o continental europeu, fruto da aliança entre o Poder Legislativo e o Executivo, que ocasionou o desenvolvimento de vários regulamentos e atos administrativos. Isso vai, de certa forma, de encontro à sistemática de criação casuística e jurisprudencial das normas³⁹³, característica de todo o desenvolvimento do Direito Inglês e da *common law*, no qual não havia a preocupação central com o estabelecimento de regras gerais que deveriam ser aplicadas, mas a resolução do problema concreto, pelos juízes.

E isso coincide com uma certa alteração que tem ocorrido no sistema de precedentes, que sempre foi a base do Direito Inglês, o que demonstra, em certa medida, até um descrédito no próprio sistema. Tanto os juízes inferiores quanto os das Cortes Superiores seguem os precedentes fixados pelas Cortes Superiores. Todavia, em razão de possível imobilidade do Direito, começou-se, no século XX, a abrir exceções aos precedentes, observados em razão da hierarquia — das Cortes Superiores para as Inferiores, e daquelas entre si, considerando as decisões mais antigas. Anthony Babington destaca que, em 1966, a *House of Lords*, por unanimidade, decidiu:

“(…) que, apesar de eles recomendarem o uso do precedente como ‘uma base indispensável sobre qual seria o direito e sua aplicação para os casos individuais’, eles reconheceram os perigos que poderiam advir de uma observância muito rígida a esse sistema. Eles, então, propuseram uma modificação na sua prática e ‘enquanto tratando as decisões antigas dessa *House* como normalmente obrigatórias, dever-se-ia partir de uma decisão prévia se parecesse correta.”³⁹⁴

³⁹³ DAVID, René. *Op. cit.* p. 367.

³⁹⁴ BABINGTON, Anthony. *Op. cit.* p. 284. Tradução nossa de: “(…) that although they still regarded the use of precedent as ‘an indispensable foundation on which to decide what is the law and its application to individual cases’, nevertheless they recognized the dangers which might arise from a too rigid adherence

Merecem referência alguns trechos da decisão que, seguindo a tradição inglesa, não foi imposta por lei, mas pela própria *House of Lords*:

“Os senhores Lordes, sobre os usos dos precedentes como uma fundação indispensável sobre a qual para se decidir o que é o direito e sua aplicação aos casos individuais. A utilização dá, pelo menos, algum grau de certeza sobre o qual os indivíduos podem confiar na condução dos seus assuntos, assim como uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais.

Os senhores Lordes, não obstante, reconhecem que uma adesão muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e, também, impropriamente, restringir o desenvolvimento do direito. Eles propõem, então, modificar a sua prática atual e, enquanto tratando decisões antigas dessa Casa como normalmente vinculativa, partir de uma decisão prévia quando parecer correto fazê-lo.

Nessa conexão, eles vão ter em mente o perigo de afetar a base legal anterior, com fundamento na qual contratos, negócios sobre a propriedade e questões fiscais firmaram-se e, também, a necessidade especial por certeza e para o direito criminal.

Esse anúncio não tem a intenção de afetar o uso do precedente em outro lugar exceto nessa Corte.”³⁹⁵

to this system. They therefore proposed to modify their existing practice and ‘while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so’”.

³⁹⁵ *Apud* ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law*. pp. 261/262. Tradução nossa de: “Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs as well as a basis for orderly development of legal rules.

Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the special need for certainty as to the criminal law.

This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

Ainda sobre essa polêmica e paradigmática decisão, J. H. Baker vai além e diz que, apesar de a *House of Lords* ter se liberado da observância cega dos precedentes, a restrição foi mantida para a Corte de Apelação e outras inferiores. Nas suas palavras:

“A House of Lords em 1966 livrou-se da restrição auto-imposta, deixando apenas a Corte de Apelação (Divisão Civil), e, em algumas situações, as Cortes Divisionais, sujeitas a tais restrições.”³⁹⁶

Mas, há algum tempo, já há os que propõem que a força vinculativa dos precedentes termine também para as Cortes de Apelação, o que ainda não vingou³⁹⁷.

E a desconsideração do sistema de precedentes está inserida em um contexto mais amplo, de aproximação dos dois sistemas — romano-germânico e *common law*. Mônica Sifuentes bem sintetiza:

“A aproximação entre os dois sistemas é fato plenamente constatável na atuação dos magistrados dos países de direito escrito, que, diante de situações novas e não reguladas pela lei, passam a valorizar a casuística dos problemas em julgamento, em prejuízo do enfoque puramente conceitual. Movimento contrário se vê entre os juízes anglo-americanos, que fazem uso crescente dos conceitos legais, como base da construção jurisprudencial.

De verificar que, nesse sentido, nos países anglo-saxões já se notam mudanças na própria concepção do *common law*, sendo que a doutrina do *stare decisis* já não é mais aplicada rigidamente nos Estados Unidos, e mesmo na Inglaterra vem-se tornando mais flexível.”³⁹⁸

Rodolfo de Camargo Mancuso também bem anota que o contexto contemporâneo é de gradativa aproximação entre os sistemas:

³⁹⁶ *Op. Cit.* pp. 200-201. Tradução nossa de: “The House of Lords in 1966 freed itself from the self-imposed fetter, leaving only the Court of Appeal (Civil Division), and in some situations the divisional courts, subject to such restraint.”

³⁹⁷ Cf. ZWEIGERT, K, KÖTZ, H. *Op. cit.* p. 262.

³⁹⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um Estudo sobre o Poder Normativo dos Tribunais*. pp. 59-60.

“Não parece demasia conjecturar que essa gradativa aproximação entre os dois grandes regimes jurídicos — o da norma legal e o do precedente judiciário — acomoda-se ao contexto contemporâneo de uma sociedade mundial onde os interesses, comportamentos e necessidades cada vez mais se comunicam e interagem, formando uma imensa *aldeia global*, onde se desvanecem antigas e arraigadas diferenças jurídicas entre povos, nações e Estados.”³⁹⁹

É facilmente constatada, pois, essa aproximação. Note-se, por exemplo, a grande importância que vem sendo dada em diversos países de *civil law*, como França, Itália e Alemanha, aos precedentes, em especial das Cortes Superiores, até por razões de política judiciária. No Brasil, também há essa prática, embora não rígida. Mas, logicamente, até pela estrutura dos Tribunais e pela tradição jurídica, a autoridade da jurisprudência ainda é menor no sistema da *civil law*. Mauro Cappelletti bem anota que “por antiga tradição reconhece-se também nos sistemas de ‘Civil Law’ a autoridade — de fato, embora não formal, persuasiva, embora não vinculante — do precedente judiciário, enquanto ‘auctoritas rerum similiter iudicatarum’”⁴⁰⁰.

K. Zweigert e H. Kötz também reconhecem que, nos países continentais, “o direito está, cada vez mais, desenvolvendo-se pelos juízes e, conseqüentemente, tem mais espaço para um método indutivo e estilo relacionados aos problemas atuais”⁴⁰¹, e, por outro lado, “a *common law* está percebendo a necessidade de colocar as regras desenvolvidas pelos juízes em uma ordem sistemática para fins de análise escolar e ação legislativa, tornando-as mais facilmente compreensivas”⁴⁰²

Mas pode-se arriscar dizer que, apesar da aproximação no que toca aos precedentes, a forma de extração da norma a partir dos casos anteriores ainda é bem distinta nos dois sistemas, pois o juiz da *common law*, como já notado, adota claro raciocínio indutivo — a partir do precedente, chega a uma determinada regra e, pesando os fatos e argumentos, a aplica ou não ao caso presente⁴⁰³.

³⁹⁹ *Op. Cit.* p. 202.

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* p. 122.

⁴⁰¹ Tradução nossa de: “law is increasingly being developed by the judges and consequently there is more room for an inductive method and style related to the actual problems”.

⁴⁰² ZWEIGERT, K, KÖTZ, H. *An Introduction to Comparative Law.* p. 271. Tradução nossa de: “the Common Law is seeing the need to bring the rules developed by the judges into a systematic order by means of scholarly analysis and legislative action, so as to make them easier to understand and master.”

⁴⁰³ Cf. ZWEIGERT, K, KÖTZ, H. *Op. cit.* p. 263.

Isso porque, para que o juiz aplique a regra ao caso atual, ele precisa extrair essa regra geral dos precedentes relevantes — aí, o raciocínio indutivo é claro.

Não obstante essa aproximação e a crescente importância dada à legislação, o Direito Inglês continua a se desenvolver muito como direito jurisprudencial, com base nos precedentes, que, agora, especificam o sentido e o alcance dos textos legislativos. E apenas as decisões das Cortes superiores têm força obrigatória.

Ao contrário dos países continentais da *civil law*, e por mais que haja a aproximação entre os sistemas, na *common law* o raciocínio utilizado pelos juízes continua sendo indutivo — analisa os precedentes possivelmente aplicáveis, como eles foram estabelecidos, e deles retira algum princípio ou diretriz que sirva para resolver o caso atual, após vários “testes” em hipóteses semelhantes.

Ou seja, ainda que com o direito escrito e a legislação mais desenvolvida, a prática e a tradição jurídicas fazem com que o *stare decisis*, ainda que mitigado, seja respeitado e aplicado.

3.1.4. Há interpretação na *common law*?

Conforme será visto com mais vagar adiante, interpretar significa, a grosso modo, atribuir sentido a um texto normativo. E a aplicação do direito é o momento final, no qual, após a interpretação, há a concretização de determinada norma (escrita ou não) a uma dada situação real.

Certo de que, nos países da *civil law*, há um texto preexistente do qual deve ser extraída a regra para o caso concreto (norma individual), dúvidas podem surgir na *common law* já que, deixando de lado a aproximação entre as duas famílias do Direito, o juiz, por regra, para decidir um caso não parte de normas positivadas preexistentes, mas constrói o seu raciocínio sem uma base legal escrita, a partir, no máximo, de precedentes.

A resposta é afirmativa. Tanto na *civil* como na *common law* há interpretação, pois sempre é necessário atribuir algum significado ao direito que ainda não foi aplicado.

Enquanto etapa do processo de concretização do direito (quando se cria a norma individual para a resolução do problema concreto), seja tomando como base alguma norma positivada, princípios não-positivados ou decisões precedentes, a interpretação está presente.

Ronald Dworkin, sobre a interpretação construtiva⁴⁰⁴, fala em três etapas: uma “pré-interpretativa”, na qual se identificam as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática; uma “interpretativa”, em que o intérprete concentra-se em uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa anterior; e uma etapa “pós-interpretativa”, na qual há o ajuste entre a idéia do que a prática realmente requer para servir à justificativa do que foi aceito na etapa interpretativa.

Nessa construção de Dworkin, encaixa-se o modelo da *common law* — o juiz identifica as regras e os padrões aplicáveis, valora o caso concreto de forma justificada e fundamentada e procede ao ajuste final (aplicação) considerando a experiência real.

Seja tomando como base o direito escrito ou não, o juiz exerce atividade interpretativa. A diferença entre os dois sistemas (*civil* e *common law*) reside na base considerada pelo julgador (base de direito positivado, ou não) e, por consequência no raciocínio utilizado (do abstrato para o concreto ou do concreto para o abstrato — indução).

Mas há os que entendem que, na *common law*, não há atividade interpretativa típica, principalmente considerando os precedentes. Richard A. Posner, por exemplo, defende que:

“Estabilidade e previsibilidade são simplesmente duas das considerações que vão determinar se o caso seguinte seguirá ou não a decisão precedente — talvez as duas mais importantes, mas isso não afetaria o

⁴⁰⁴ Para Ronald Dworkin (*O Império do Direito*, pp. 63-64), a interpretação construtiva impõe um propósito (do intérprete) a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam.

argumento. O objetivo do juiz do caso subsequente não é interpretativo; é fazer a melhor decisão possível, apesar de não ser a única nem a coisa mais importante, deixando as expectativas criadas pelas decisões anteriores intocadas.”⁴⁰⁵

E Richard A. Posner ainda destaca que “é um alívio não ter que se preocupar com a interpretação nos casos da *common law*”⁴⁰⁶, com o que discordamos. Tanto é assim (e há interpretação na *common law*) que o mesmo autor “derrapa” ao anotar que decidir um caso com base em lei não é mais problemático que decidir um caso com base na *common law*, pois “assim como os conceitos legais devem ser justificados pela demonstração da correspondência com a vontade pública”⁴⁰⁷. Ora, se há a preocupação em se justificar a base em uma “vontade pública geral”, ou o que quer que seja, é porque há a necessidade de se interpretar, atribuindo valor e significado.

Zweigert e Kötz, por outro lado, ao descreverem a forma de raciocínio de um juiz da *common law* bem demonstram a atividade interpretativa que ele exerce:

“Em outras palavras, até a técnica da *common law* requer que o juiz procure a regra geral atrás das decisões atuais nos precedents relevantes, pois essa é a única forma que ele tem para dizer se esta ou aquela decisão realmente controla o caso presente sob apreciação.”⁴⁰⁸

Concordamos e endossamos essa última posição, pois sempre haverá uma base (*general rule*), ainda que jurisprudencial (a partir de outras decisões) ou não escrita, construída a partir do caso concreto a ser resolvido. O sistema dos precedentes

⁴⁰⁵ POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. p. 260. Tradução nossa de: “Stability and predictability are merely two of the considerations that will determine whether the next case follows or departs from the previous one — maybe the two most important, but that would not affect the argument. The goal of the subsequent judge is not interpretive; it is to make the best decision good, although not the only and often not the most important thing, is that it leaves expectations created by earlier decisions undisturbed.”

⁴⁰⁶ Tradução nossa de: “it is a relief not to have to worry about interpretation when dealing with common law cases”.

⁴⁰⁷ *Id.* p. 249. Tradução nossa de: “just as statutory concepts must be justified by demonstrating their provenance in statutory texts, so common law concepts must be justified by demonstrating their provenance in sound public policy”.

não descaracteriza a atividade interpretativa na *common law*, ao contrário, dá a ele mais uma base para a interpretação.

E tanto é assim que é comum, em livros e manuais de *common law*, o estabelecimento de regras para a aplicação do direito. Cohen, Berring e Olson⁴⁰⁹, por exemplo, recomendam que: (i) sejam analisados os fatos e perfis da questão, (ii) seja estudado o panorama da respectiva área do direito, (iii) seja buscada profundamente a norma (*legal authority*) que servirá de base, (iv) seja estudado o contexto dessa norma, e (v) seja sempre atualizado o direito a ser aplicado.

Para que fique clara a sempre referência a alguma base que deve ser interpretada, basta observar que é comum, na *common law*, colocar-se, como fontes do Direito, ao lado dos precedentes, os costumes e as convenções⁴¹⁰ (assim como, logicamente, a legislação). Ou seja, ainda que não interpretado um precedente, deve-se interpretar, atribuindo valor aos costumes e convenções.

3.1.5. O Direito Norte-americano e os precedentes

A colonização inglesa na América do Norte fez com que os Estados Unidos da América adotassem o modelo da *common law*. Logicamente, no curso e após a Revolução Americana, observa-se o rompimento dos laços das antigas colônias, mas o espírito do Direito Inglês ficou enraizado no Direito norte-americano. Arthur R. Hougue bem destaca:

“Similaridades entre o direito inglês e o norte-americano são várias, em grande parte por razões históricas. O fato de a *common law* haver cruzado o Atlântico nos séculos dezessete e dezoito justifica tal parentesco

⁴⁰⁸ *Op. Cit.* p. 269. Tradução nossa de: In other words, even the Common Law technique requires the judge to look for the *general rule* behind the actual decisions in the relevant precedents, for that is the only way he can tell whether this or that decision really controls the case before him.”

⁴⁰⁹ COHEN, Morris L., BERRING, Robert C., OLSON, Kent C. *How to Find the Law*. pp. 591-603.

⁴¹⁰ Glendon, Gordon e Carozza, após anotarem que as convenções, ao lado dos costumes, são as principais fontes não escritas do Direito Inglês, explicam que “convention dictates expected conduct in the functioning of the judicial system as well as other institutions” (*Op. cit.* p. 270).

entre os dois países e é certo falar-se, hoje, no sistema anglo-americano de *common law*.”⁴¹¹

No período colonial, em especial até a primeira metade do século XVII, os Estados Unidos adotavam o Direito Inglês, mas não integralmente aquele produzido e aplicado pelas Cortes reais, mas aquele levado pelos colonizadores, baseado ainda essencialmente nos costumes locais, somado com elementos americanos, que variavam entre os Estados. Lawrence Friedman explica que o Direito do período colonial americano, ao longo do século XVII, submetia-se a forças centrípetas e centrífugas:

“Tanto o direito colonial quanto o norte-americano estavam sujeitos a forças centrífugas e centrípetas: forças que puxavam e empurravam as jurisdições, deixando-as juntas. O país-mãe, seus agentes e sua força cultural superior — agiam de forma centrípeta, antes da Independência. Isolamento geográfico, política local e a soberania (de direito ou de fato) das colônias e estados eram forças centrífugas. Um dos grandes, e constantes, temas de direito norte-americano é o ‘puxa-empurra’ dessas forças; uniformidade e diversidade, em constante tensão todo o tempo.”⁴¹²

No século XVIII, com o fortalecimento da jurisdição real inglesa, as Cortes coloniais sofreram maior influência e ingerência do poder britânico. Desenvolveu-se, inclusive, a prática de o Privy Council apreciar recursos das decisões tomadas pelas Cortes americanas.

E na tentativa de se impor, a Inglaterra estabeleceu uma Corte colonial geral, em 1763, padronizando o procedimento, chamada de *Spry*, que foi logo abolida em 1768 e substituída por quatro Cortes regionais, o que também não vingou.

⁴¹¹ *Op. Cit.* p. 251. Tradução nossa de: “Similarities between English and American law are innumerable, largely for historical reasons. The fact that the common law crossed the Atlantic in the seventeenth and eighteenth centuries accounts for such a kinship between the two countries that it is quite correct to speak today of an Anglo-American common-law system.”

⁴¹² *Op. cit.* p. 36. Tradução nossa de: “Both colonial law and the law of the United States were subject to centrifugal and centripetal forces: forces that pulled jurisdictions apart; forces that pushed them together. The mother country, its agents, its superior legal culture — these acted centripetally, before Independence. Geographical isolation, local politics, and the sovereignty (in law or fact) of colonies and states were centrifugal forces. One of the great, and constant, themes of American law is the pushing and pulling of these forces: uniformity and diversity, in constant tension over time.”

Em 1776, as Colônias declararam-se independentes, e a guerra que se seguiu terminou com vitória americana, com a transformação das Colônias em Estados. Surgiu então a dúvida do sistema legal a ser adotado. Alguns, inclusive, defendiam que os Estados Unidos deveriam adotar o sistema francês. Lawrence Friedman é preciso:

“Havia duas aparentes alternativas. A *common law* poderia ser substituída por algum sistema distinto (rival). Ou todos os sistemas poderiam ser abandonados em favor dos princípios naturais de justiça. A primeira alternativa tinha alguma base, na pior das hipóteses na esperança e não nos fatos. Havia outros sistemas de direito. Depois da Revolução Francesa, os liberais americanos ficaram particularmente atraídos pelo direito civil francês. No começo do século XIX, o Código Napoleão serviu como um símbolo e como um modelo de clareza e ordem.”⁴¹³

Por outro lado, os defensores da *common law* estavam entre os heróis da República, como John Adams e Thomas Jefferson. O resultado foi a adoção desse sistema, mas com algumas nuances, americanizado, até como reação à antiga colonizadora Inglaterra. Grant Gilmore explica que as únicas fontes conhecidas com mais profundidade eram as inglesas, razão pela qual “o direito americano teve que se basear no inglês”⁴¹⁴.

Em 1777, com os *Articles of Confederation*, os Estados Unidos sinalizavam pela adoção de um sistema com Estados altamente soberanos e independentes, sem um Poder Judiciário federal.

Mas, em 1787, sobreveio a Constituição norte-americana, que estabeleceu as bases de um Estado Federativo, com um Poder Judiciário federal.

Isso porque, adotado o modelo federativo, foi necessária a observância de certos requisitos para que a união fosse efetiva. A partir dos papéis dos Federalistas, baseados nas discussões havidas na Convenção para a elaboração e adoção da

⁴¹³ *Op. cit.* pp. 108-109. Tradução nossa de: “There were two apparent alternatives to the stilts and crutches. The common law could be replaced by some rival system. Or all systems could be abandoned in favor of natural principles of justice. The first alternative had some slight basis, in hope if not in fact. There were other systems of law. After the French revolution, American liberals were particularly attracted to the French civil law. In the early 19th century, the Napoleonic Code served as a symbol and model of clarity and order.”

⁴¹⁴ GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. p. 20. Tradução nossa de: “american law had to be base on English law”.

Constituição Federal, podem-se enumerar os seguintes, que apontam os defeitos de um modelo confederativo, o que seria necessário ao federalismo e o modelo judiciário a ser seguido:

“Uma circunstância que coroa os defeitos da Confederação ainda não foi mencionada — a falta de um Poder Judiciário. As leis não passam de letra morta sem os tribunais capazes de interpretar e definir seus verdadeiros sentidos e aplicações. Os tratados dos Estados Unidos, para que tenham validade, devem ser considerados como parte da lei da terra. Sua real importância, relativamente aos indivíduos, tem, como todas as outras leis, de ser avaliada por julgamentos judiciais. A fim de que haja uniformidade nesses julgamentos, eles têm de ser submetidos, em última instância, a um TRIBUNAL SUPREMO, o qual deve ser instituído sob a mesma autoridade que lavra os tratados. Tais ingredientes são indispensáveis. Se houver em cada Estado uma corte de instância final, resultarão tantas decisões irrecorríveis sobre um mesmo assunto quantas forem as cortes. Os julgamentos dos homens apresentam um número infinito de variedades. Frequentemente vemos não apenas cortes, mas juízes da mesma corte defendendo pontos de vista diferentes. Para prevenir a confusão que inevitavelmente resultaria das decisões contraditórias de numerosas judicaturas independentes, todas as nações julgaram necessário estabelecer uma corte superior às demais, para exercer uma superintendência geral e autorizada a estabelecer e proclamar, em última instância, uma regra uniforme de justiça civil.”⁴¹⁵

“Para poder julgar-se com precisão a conveniente abrangência da judicatura federal, será necessário primeiramente analisar seus reais objetivos.

Parece não ser alvo de controvérsia que a autoridade judiciária da União deve estender-se à seguinte série de casos: 1 — Todos os que decorram de leis dos Estados Unidos, aprovadas de acordo com seus justos e constitucionais poderes de legislar; 2 — Todos os que digam respeito ao cumprimento de medidas expressamente contidas nos artigos referentes à

⁴¹⁵ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. p. 229.

competência da União; 3 — Todos nos quais os Estados Unidos forem parte; (...).

O primeiro caso se explica pela óbvia consideração de que deverá sempre haver um processo constitucional para que a União possa cumprir as atribuições que a Constituição lhe conferir. Qual seria, por exemplo, a validade das restrições à competência dos Legislativos estaduais, se não houvesse um dispositivo constitucional determinando sua observância? De acordo com o projeto da convenção, os Estados são proibidos de fazer uma variedade de coisas, algumas das quais são incompatíveis com os interesses da União e outras com os princípios de um bom governo. A cobrança de direitos sobre artigos importados e a emissão de papel-moeda são exemplos característicos. Ninguém de bom-senso acreditará que tais proibições seriam escrupulosamente observadas sem uma ação eficiente de parte do governo para limitar ou impedir infrações desta natureza. Esta ação poderá revestir a forma de veto às leis estaduais ou de uma competência atribuída às cortes federais para declará-las nulas, em virtude de manifesta violação dos direitos da União. Não me ocorre uma terceira solução. A segunda parece ter sido a preferida pela convenção e presumo seja a mais aceitável pelos Estados.

Quanto ao segundo caso referido acima, é impossível, por meio de qualquer argumento ou comentário, torná-lo mais evidente do que ele é em si. Se existe o que se chama de axioma político, um deles deve ser a autoridade judicial de um governo ser coexistente com a legislatura, bastando lembrar a necessidade de uniformizar a interpretação das leis nacionais. Treze cortes independentes, com jurisdição final sobre as mesmas causas, é uma verdadeira hidra, da qual somente se podem esperar contradição e confusão.

Ainda menos será necessário dizer relativamente ao terceiro caso. As controvérsias entre a nação e seus membros ou cidadãos só podem ser submetidas aos tribunais federais. Qualquer outra solução seria contrária à razão, aos precedentes e ao decoro.

(...).”⁴¹⁶

“O poder judicial dos Estados Unidos será (segundo o projeto da convenção) exercido pela Suprema Corte e pelas cortes subordinadas que o Congresso, de tempos em tempos, crie e instale.

⁴¹⁶ *Id.* pp. 587-588.

Provavelmente, ninguém contestará que deva haver uma corte suprema, de instância final. As razões de sua existência já foram expostas em outro artigo e são por demais óbvias para serem repetidas. A única questão que parece ter sido levantada a respeito é se deve ser um órgão independente ou um ramo do Legislativo. A mesma contestação já apresentada em relação a vários outros casos é repetida aqui. Os próprios críticos que não aceitam o Senado como uma corte para julgar processos de *impeachments*, alegando uma mistura de poderes, advogam, pelo menos por implicação, a justeza de a última decisão de todas as questões ser da competência do Legislativo ou de uma parte dele.

(...)

Tendo analisado e, espero, removido as objeções relativas à organização própria e independente da Suprema Corte, prosseguirei abordando a conveniência de estabelecer cortes inferiores e as relações entre estas e aquela.

A competência para organizar cortes inferiores tem em vista, evidentemente, obviar a necessidade de recorrer-se à Suprema Corte nos casos de jurisdição federal. A intenção é habilitar o governo nacional a instituir ou ‘autorizar’, em cada Estado ou distrito dos Estados Unidos, um tribunal competente para julgar, dentro de seus limites, questões de jurisdição nacional.

(...)

A Suprema Corte deverá ter jurisdição original somente nos ‘casos relativos a embaixadores, outros representantes diplomáticos e cônsules, bem como naqueles em que um Estado for parte’. (...)

(...) Vimos que a jurisdição originária da Suprema Corte se resumiria em duas categorias de causas, do tipo das que raramente ocorrem. Em todas as demais, de competência federal, a referida jurisdição original seria dos tribunais inferiores, cabendo à Suprema Corte tão-somente uma jurisdição apelatória, ‘com as exceções e de acordo com a regulamentação que o Congresso prescrever’.

A propriedade desta jurisdição apelatória não sofreu contestações maiores relativamente aos aspectos legais, mas surgiram grandes controvérsias quanto às questões de fato. (...)

(...) Por isso sustento que a expressão ‘jurisdição apelatória quanto à lei e quanto ao fato’ não implica necessariamente um reexame, pela Suprema Corte, de questões decididas por júris de cortes inferiores.

As seguintes idéias talvez tenham influenciado a convenção, relativamente a estes detalhes. A jurisdição apelatória da Suprema Corte (pode ter sido alegado) abrangerá causas julgadas de diferentes maneiras, algumas com base em direito consuetudinário, outras em direito civil. Naquelas, a revisão da própria lei será, de um modo geral, o campo de ação apropriado da Suprema Corte; nestas, o reexame do fato é conveniente e, em alguns casos — como os de julgamento de prisioneiros — pode ser essencial à preservação da segurança pública. É, por conseqüência, necessário que a jurisdição apelatória abranja, em determinadas causas, o exame dos fatos em seu sentido mais amplo. O problema não será resolvido apenas excetuando os casos que tenham sido originalmente julgados por um júri, pois nas cortes de alguns Estados, ‘todas as causas’ são julgadas dessa maneira, resultando assim que a exceção impediria a revisão dos fatos, quer eles tivessem sido bem ou mal apurados. Para evitar uma série de inconvenientes, será mais seguro declarar, de um modo geral, que a Suprema Corte possui jurisdição apelatória tanto relativamente à lei quanto ao fato e que tal jurisdição ficará sujeita às exceções e regulamentações que o Legislativo haja por bem determinar. Assim, o governo poderá introduzir as modificações que melhor consultem os interesses da justiça e da segurança pública.

(...)

O resumo das observações feitas a propósito da autoridade do sistema judicial é o seguinte: que ele teve suas funções cuidadosamente restringidas às causas manifestamente próprias da competência da judicatura nacional; que, na repartição dessa autoridade, foi reservada para a Suprema Corte uma parcela muito pequena de jurisdição original, sendo a restante atribuída aos tribunais ordinários; que a Suprema Corte terá uma jurisdição apelatória, tanto quanto à lei como quanto aos fatos, em todos os casos que lhe forem encaminhados, sujeita porém às ‘exceções’ e ‘regulamentações’ julgadas aconselháveis; que esta jurisdição apelatória em nenhuma hipótese deve ‘abolir’ os julgamentos por meio de júri; e que um grau normal de prudência e integridade nos conselhos nacionais nos assegurará reais vantagens resultantes da organização do Judiciário conforme foi proposto, sem que fiquemos expostos a quaisquer dos percalços que muitos temiam.”⁴¹⁷

⁴¹⁷ *Id.* pp. 595-603.

Note-se que a Constituição norte-americana foi fruto da adoção do modelo federalista e da imposição de limites ao Poder Legislativo, o que constituiu uma inovação histórica, consoante bem explica Taylor:

“Enquanto os tribunais judiciais existiam como partes integrantes de outros sistemas federais, a Suprema Corte dos Estados Unidos é a única Corte na história que sempre possuiu o direito de determinar, por último, a validade do direito nacional. Tal jurisdição, necessariamente, adveio da invenção americana das limitações constitucionais ao Poder Legislativo, pelo qual todos os juízes, tanto estaduais como federais, têm o direito, nas suas respectivas esferas, de apreciar a validade de cada lei emanada da legislatura estadual ou federal.”⁴¹⁸

E pode-se afirmar que isso constituiu uma inovação principalmente se considerado o Direito e a Constituição Inglesa, não escrita e que não impunha tais limites ao Poder Legislativo. A justificativa histórica pode ser inferida, inclusive, do fato de que, desde o período colonial, foram impondo-se limitações ao poder das antigas colônias, na medida em que se submetiam certas questões (quando havia extrapolação de poder) à apreciação do *Privy Council* na Inglaterra.

Mas a adoção do modelo federativo e o estabelecimento de um sistema de direito nos Estados Unidos da América não foram tão simples quanto parecem. Isso porque, rompidos os laços com a Inglaterra, em função da vitória americana, a partir de 1776, foi necessária uma tomada de decisão sobre os rumos do Direito Americano — ou romper-se-ia totalmente com o modelo inglês ou adotar-se-ia o modelo inglês, da *common law*. Como visto, optou-se pela segunda hipótese, mas americanizando a *common law*⁴¹⁹.

Nesse contexto, os *Articles of Confederation*, de 1777, não eram suficientes, porque não proviam o país de um Poder Executivo forte, capaz de unir os

⁴¹⁸ TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. p. 1. Tradução nossa de: “While judicial tribunals have existed as component parts of other Federal systems, the Supreme Court of the United States is the only court in history that has ever possessed the right to determine finally the validity of a national law. Such a jurisdiction necessarily arose out of the purely American invention of constitutional limitations on legislative power, through which all the judges, both state and Federal, possess the right in their respective spheres to pass upon the validity of every statute that can emanate from a state or Federal legislature.”

⁴¹⁹ FRIEDMAN, Lawrence. *Op. Cit.* p. 110.

Estados, e nem estabeleciam as bases de um sistema judiciário federal. Sobreveio, então, em 1787, a Constituição Federal, que estabilizou o país, impondo a ordem e a obediência aos poderes federais, mas sem engessar e imobilizar os Estados-membros. Ana Maria Guerra Martins, em monografia sobre a origem da Constituição americana, destaca que uma das causas para o fracasso da Confederação foi a ausência de um aparelho coercitivo para aplicar o Direito por ela produzido⁴²⁰.

Da Constituição norte-americana, merecem destaque os seguintes dispositivos.

“Artigo III.

Seção I. O Poder Judiciário dos Estados Unidos consistirá em uma Suprema Corte e em Cortes inferiores que o Congresso pode, de tempos em tempos, criar. Os juízes, tanto da Suprema como das Cortes inferiores, devem exercer sua função com bom comportamento, e devem receber uma compensação pelos seus serviços, que não pode ser reduzida.

Seção II.

(...)

Em todos os casos envolvendo Embaixadores, outros Ministros e Cônsules públicos, e aqueles em que um Estado for parte, a Suprema Corte tem competência originária. Em todos os outros casos antes mencionados, a Suprema Corte terá competência recursal, tanto para matéria de direito quanto fática, com exceções, e sob a regulamentação feita pelo Congresso.

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de *impeachment*, deve ser feito por um Júri; e tal julgamento deve ocorrer no Estado no qual os referidos crimes foram praticados; mas quando não cometidos em nenhum Estado, o julgamento deve ser em lugar ou lugares indicados pelo Congresso, através de lei.”⁴²¹

⁴²⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-americana — uma Lição para a Europa*. p. 41.

⁴²¹

Das Emendas ao texto constitucional, merece destaque:

“Emenda VII.

Em processos da *common law*, nos quais o valor envolvido exceder vinte dólares, o direito de processar pelo Júri deve ser preservado, e nenhum fato julgado pelo Júri poderá ser reexaminado por nenhuma Corte dos Estados Unidos, de acordo com as regras da *common law*.”⁴²²

Resta claro que, nesse modelo federativo, aproveitando-se da experiência de revisão das decisões judiciais pelo antigo *Privy Council*, foi necessário o estabelecimento de um aparato judiciário regular que, ao lado dos poderes Executivo e Legislativo, fizesse parte um governo nacional.

No que tange especificamente às Cortes federais, Henry M. Hart e Herbert Wechsler⁴²³ bem anotam as conseqüências imediatas que deveriam decorrer da organização de 1787:

- (i) deveria existir um poder judicial federal em atividade, como o Legislativo e o Executivo, exercendo sua autoridade sobre os Estados e os Municípios;
- (ii) as Cortes e os juízes deveriam ser independentes e ter autoridade para questionar a constitucionalidade da legislação federal e estadual;
- (iii) deveria uma Suprema Corte ser estabelecida com poderes amplos e, também, cortes federais inferiores;
- (iv) o poder das cortes federais deveria ser estendido para nove específicas classes de causas;

all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.”

⁴²² *Id.* p. 6. Tradução nossa de: “Amendment VII. In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common-law.”

⁴²³ *Id.* p. 8.

- (v) em alguns desses casos, a Suprema Corte deveria ter jurisdição originária e, nos outros, jurisdição recursal, tanto para revisar matéria de direito como de fato, com exceções.

Mas o certo é que, com a Constituição de 1787, estabeleceram-se as bases para um Poder Judiciário federal forte, com poderes para rever, em determinados casos, as decisões das Cortes estaduais⁴²⁴.

De qualquer sorte, como os dispositivos constitucionais relacionados ao Poder Judiciário não eram auto-executáveis, o Congresso aprovou, em 24 de setembro de 1789, o chamado *Judiciary Act to Establish the Judicial Courts of the United States*, que organizou a Justiça da União, tendo sido criadas treze Cortes de primeira instância (*district courts*), que funcionavam com competência separada das Cortes estaduais⁴²⁵.

Para melhor compreensão da sistemática americana, interessante referir as espécies de Cortes estaduais e as federais, consoante lição de Daniel John Meador⁴²⁶. São Cortes estaduais:

- (i) *Trial Courts* — são as Cortes inferiores, a base da pirâmide da organização judiciária. Mais numerosas, nas quais em geral as ações são ajuizadas e têm início. Podem estar divididas em *lower level* (com jurisdição restrita, em função do valor, por exemplo) e em *upper level* (com jurisdição ampla);
- (ii) *Appellate Courts* — podem ser chamadas de Cortes Supremas dos Estados. São encarregadas de apreciar os recursos das *trial courts*. Tradicionalmente, existiam uma em cada Estado, mas, com o aumento das demandas, têm-se adotado Cortes intermediárias de “apelação”, reservando a jurisdição da Suprema Corte Estadual apenas para os casos mais importantes, “geralmente aqueles de significância para o direito e para a administração da justiça”⁴²⁷.

⁴²⁴ Lawrence Friedman nota que a disputa e a definição entre as Cortes Estaduais e as federais é, ainda, “a matter of constant redefinition”. (*Op. cit.* p. 138). Destaque-se que as Cortes Estaduais podem aplicar o Direito federal.

⁴²⁵ Hannis Taylor (*Op. cit.* p. 22) destaca a competência para julgar determinados crimes e causas cíveis (of *admiralty and maritime jurisdiction*), bem como para apreciar causas nas quais estivesse em discussão tratados, etc.

⁴²⁶ MEADOR, Daniel John. *American Courts*. pp. 9 e segs.

⁴²⁷ Tradução nossa de: “usually those of significance to the law and the administration of justice”.

Por outro lado, são Cortes federais⁴²⁸, encarregadas da preservação dos direitos garantidos pela legislação federal e da resolução de conflitos interestaduais e internacionais:

- (i) *District Courts* — dividido o país em noventa e quatro distritos federais, pelo Congresso, em cada um há, pelo menos, uma *district court*, na base do sistema judiciário federal;
- (ii) *Courts of Appeals* — o Congresso estabeleceu, também, treze circuitos judiciais como base da estrutura recursal intermediária. Em cada circuito há uma *court of appeals*, encarregada de apreciar recursos das *district courts* estabelecidas na sua área de abrangência. A sua competência se estende, também, para rever decisões das agências superiores administrativas. Entre essas Cortes, há uma que não está organizada territorialmente como as demais, a *United States Court of Appeals for the Federal Circuit*, que tem sua competência definida em parte pela matéria e para apreciar recursos das *district courts* em casos nos quais esteja envolvida questão de leis de patentes e em certas ações de dano movidas contra o governo federal;
- (iii) *Supreme Court* — a única estabelecida diretamente pela Constituição, ocupa o ápice da pirâmide judiciária americana. Tem competência para rever todas as decisões das *Courts of Appeals* federais e das Cortes Supremas dos Estados, quando envolvida questão de Direito federal, o que dá a ela “a unique position in the American judicial firmament”.

As Cortes Federais (ou ao menos sua estrutura) foram criadas já em 1789 pelo primeiro Congresso. Inicialmente, os juízes federais administravam tanto as jurisdições de *common law* como as de equidade, até a unificação em 1934.

Vistos, ainda que de forma breve, a origem e o desenvolvimento do Direito norte-americano, cabe indagar se, mesmo com a americanização da *common law*, os Estados Unidos adotaram a sistemática dos precedentes do Direito Inglês.

⁴²⁸ As Cortes a seguir relacionadas são as básicas, estabelecidas ou pela Constituição ou pelo Congresso. Mas há outras, criadas pelo Congresso com base no Artigo III, da Constituição, que são a *Court of International Trade*, a *Foreign Intelligence Wiretap Court*, *U.S. Court of Appeals for the Armed Forces*, *Court of Veterans Appeals*, *Tax Court*, *Court of Federal Claims*, *Bankruptcy Courts*.

A resposta é afirmativa, pois o *stare decisis* é utilizado no Direito Norte-americano, que tem duas fontes principais: as normas e as decisões dos tribunais. Charles Fried bem explica:

“As Cortes americanas, tanto antes como depois da Revolução, seguiram a prática das inglesas de fundamentar suas decisões com opiniões que explicavam aquelas decisões pela referência a opiniões e decisões anteriores — que é o precedente.”⁴²⁹

E essa aplicação do *stare decisis*, da mesma forma que no Direito Inglês, não foi estabelecida por nenhuma lei, mas, sim, por determinação da Suprema Corte que, aplicando a idéia de que a Corte Superior, que tem poderes para revisar decisões das inferiores, deve ter suas decisões observadas, por razões lógicas.

No caso *Hutto v. Davis*⁴³⁰, de 1982, a Suprema Corte chamou a atenção da Corte inferior (*Court of Appeal*) que não seguiu decisão superior, consignando que ao assim proceder a *Court of Appeal* “ignorou, consciente ou inconscientemente, a hierarquia do sistema das Cortes federais criado pela Constituição e pelo Congresso”⁴³¹ e advertiu que “a não ser que nós desejemos que a anarquia prevaleça sobre o sistema judiciário federal, um precedente dessa Corte deve ser seguido pelas Cortes federais inferiores, independentemente do que os juízes destas Cortes acham que são”⁴³².

Em síntese, como visto no Direito Inglês, o *stare decisis* significa a observância aos precedentes já estabelecidos, às decisões já tomadas em casos anteriores.

Mas, no Direito Norte-americano, há algumas diferenças quanto à amplitude da aplicação do *stare decisis*. Isso porque, além da coexistência das Cortes federais e estaduais, a existência, desde cedo, de uma Constituição escrita fez com que convivessem o sistema do *stare decisis* e da interpretação das normas constitucionais. A

⁴²⁹ FRIED, Charles. *Saying what the law is*. p. 04. Tradução nossa de: “American courts both before and after the Revolution followed the English courts practice of accompanying their decisions by opinions which explained those decisions by reference to prior decisions and opinions — that is precedent.”

⁴³⁰ Cf. MAY, Christopher N., IDES, Allan. *Constitutional Law: National Power and Federalism*. p. 51.

⁴³¹ Tradução nossa de: “ignored, consciously or unconsciously, the hierarchy of the federal court system created by the Constitution and Congress”.

⁴³² Tradução nossa de: “unless we wish anarchy to prevail within the federal judicial system, a precedent of this Court must be followed by the lower federal courts no matter how misguided the judges of those courts may think it to be”.

Suprema Corte interpreta a Constituição e cria os precedentes, que passam a ser verdadeiras normas constitucionais.

E o *statute law* sempre esteve mais presente no Direito Norte-americano do que no Inglês, como uma forma de adaptar a *common law* à realidade americana. K. Zweigert e H. Kötz bem destacam que:

“As regras da *common law* inglesa foram alteradas pela legislação em vários Estados. Muito dos imigrantes americanos deixaram seus lares na Europa precisamente porque eles eram política, espiritual ou economicamente oprimidos pelos que faziam as regras lá, de forma que os ideais políticos de uma sociedade extremamente igualitária e radicalmente democrática dominada pela *House os Representatives* dos Estados americanos do início do século XIX (...). Dessa forma, os vários Estados aprovaram um grande número de leis sobre propriedade, direito de família e sucessão distintas dos elementos ingleses, e, também, sobre um procedimento mais simples nas Cortes, abolindo monopólios profissionais, protegendo os devedores necessitados, especialmente os pequenos produtores, contra a ação de credores, e tornaram o direito criminal mais humano.”⁴³³

Tanto é assim que tomou força o movimento da codificação, no século XIX, que vingou, todavia, apenas em alguns Estados, inclusive pelas naturais diferenças entre eles⁴³⁴.

Dessa forma, os Estados Unidos adotam o sistema dos precedentes, mas flexibilizado. Quer porque há a presença do *statute law*, que cria e altera as normas, quer porque a dinâmica do desenvolvimento econômico e social dos Estados Unidos não autoriza que sejam seguidos de olhos fechados os precedentes. Mais uma vez, K.

⁴³³ K. ZWEIGERT, K. KÖTZ, H. *Op. cit.* p. 241. Tradução nossa de: “The rules of English Common Law were also much altered by *legislation* in the various states. Many of the American settlers had left their European homes precisely because they were politically, spiritually, or economically oppressed by the rulers there, so the political ideals of an extremely egalitarian and radically democratic society dominated the Houses of Representatives of the American states at the beginning of the nineteenth century (...). Accordingly, the several states passed a great number of statutes which purged land law, family law, and law of succession of its feudal English elements, and also simplified court procedure, abolished professional monopolies, protected needy debtors, especially small manual labourers, against recourse by creditors, and rendered criminal law rather more humane.”

⁴³⁴ O advogado nova-iorquino David Dudley Field foi um dos protagonistas da polêmica pró-codificação. E, até hoje, o *Field Code* vigora, com algumas alterações, em Dakota do Norte, Dakota do Sul, Idaho, Montana e Califórnia.

Zweigert e H. Kötz são precisos, após alinhar um outro motivo, o do imenso volume de informações condensadas de precedentes, que dificulta o trabalho das Cortes:

“Mas mais do que isso, o desenvolvimento político, social e econômico dos Estados Unidos tem sido tão dramático e as alterações conseqüentes na substância da ordem legal tão sensíveis que as Cortes Superiores jamais poderiam ter adotado a visão de que elas seriam absolutamente vinculadas aos seus próprios precedentes. Ficou claro que a Corte Suprema, lidando com questões constitucionais, teve que se tornar desprendida da obrigação de seguir um precedente (‘to overrule a precedent’) desde que, antigamente, a única forma de ultrapassar decisões obsoletas seria emendando o texto da Constituição, um procedimento extremamente complexo e lento, que demandava a ratificação de três-quartos dos Estados-membros.”⁴³⁵

É interessante observar, ainda, que, em nome da segurança, que é um dos objetivos do sistema de precedentes, a doutrina e algumas Cortes norte-americanas, para evitar que a prática do *overrule a precedent* traga instabilidade às relações sociais e econômicas estão adotando a sistemática do *prospective overruling*, segundo a qual a “nova” regra criada em um julgamento (que represente uma viragem jurisprudencial considerando os precedentes) passa a ser aplicada apenas para casos futuros⁴³⁶.

E essa prática do *overrule a precedent* pode trazer instabilidade na medida em que a observância dos precedentes no *stare decisis* é fundamental para resguardar e realizar o valor segurança jurídica. Tanto é assim que o *Justice Brandeis*, da Suprema Corte, já consignou que o “*stare decisis* é o fiscal, porque na maioria das matérias é mais importante que a regra de direito aplicável seja fixada do que ser fixada de forma correta”⁴³⁷ e, havendo erro, pode ser que a melhor forma de correção seja pela

⁴³⁵ *Id.* p. 261. Tradução nossa de: “But more than this, the political, social, and economic development of the United States has been so dramatic and the consequent alterations in the substance of the legal order so swift that the superior courts could never have adopted the view that they were absolutely bound by their *own* previous decisions. It was clear that the *Supreme Court*, dealing with constitutional matters, had to be free to depart from a previous decision (‘to overrule a precedent’) since otherwise the only way to overcome its obsolete decisions would have been by amending the *text* of the Constitution, an extremely complex and slow procedure requiring the ratification of three-quarters of the component states.”

⁴³⁶ Cf. K. ZWIEGERT, K. KÖTZ, H. *Id. Ibid.*

⁴³⁷ MAY, Christopher N., IDES, Allan. *Constitutional Law: National Power and Federalism*. p. 47. Tradução nossa de: “*stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right”

via legislativa, exceto quando envolvida a Constituição Federal, pois o procedimento de alteração pela via legislativa é praticamente impossível.

Em interessante estudo sobre os casos *overruleds*, na Suprema Corte norte-americana (tendo como base os anos de 1946 a 1992), Saul Brenner e Harol J. Spaeth⁴³⁸ constataram que:

- (i) as alterações nos precedentes são mais comuns nos casos mais recentes (até dez anos de existência do precedente);
- (ii) as decisões *overruleds* duram, em geral, menos de 21 anos;
- (iii) as alterações nos precedentes ocorrem mais em casos de maior relevância;
- (iv) a maior quantidade de alterações nos precedentes ocorre nos casos em que está envolvida a interpretação da Constituição, pois devem, as decisões constitucionais, estar sempre abertas a reconsiderações.

Para o desfecho do tópico, merece ser referida a constatação de Lawrence Friedman sobre o Direito americano no século XX, em que se nota o fortalecimento da estrutura federativa e, em especial, do chefe do Poder Executivo:

“Internamente, essa tem sido uma era de poder central, nacional. A relativa força dos Estados tem desaparecido; o governo federal tem crescido muito. O *Caesar* federal toma a frente das grandes transformações, as duas grandes guerras e a Guerra Fria, a grande depressão, e a revolução tecnológica. A palavra *Caesar* não está fora de contexto. O grande beneficiário do poder central não foi o Congresso Nacional, nem a Suprema Corte, mas o Presidente nacional e o corpo executivo em geral.”⁴³⁹

⁴³⁸ BRENNER, Saul, SPAETH, Harold J. *Op. cit.* p. 92.

⁴³⁹ FRIEDMAN, Lawrence. *Op. cit.* p. 656. Tradução nossa de: “Internally, this has been an age of central, national power. The relative strength of the states has been slipping away; the federal government has grown to giant size. The federal Caesar fed on the meat of social upheaval, the two great wars and the cold war, a vast depression, and a technological revolution. The word Caesar is not much out of place. The main beneficiary of power at the center was not the national Congress, nor the Supreme Court, but the national President, and the executive branch in general.”

3.2. A vinculação das decisões judiciais no sistema romano-germânico

3.2.1. Referência histórica ao surgimento e desenvolvimento do sistema romano-germânico

Essa família, a mais antiga, que concebe o Direito como forma de regular as relações entre os cidadãos, formou-se sobre a base do Direito Romano antigo, tendo o seu berço na Europa.

Cientificamente, o sistema, também chamado de *civil law*, formou-se a partir do século XIII, na Europa continental, seu principal centro.

Antes do século XIII, na Europa, observava-se a predominância de um direito consuetudinário, baseado nos costumes da população, desorganizado e descentralizado.

Contribuiu para esse quadro a decadência do Império Romano do Ocidente (por volta do século V, em razão principalmente das sucessivas invasões germânicas), que, com o contato com os bárbaros, viu-se dominado por costumes territoriais, com o feudalismo que iniciava, e assistiu à perda de importância das leis.

As leis bárbaras regulavam uma pequena parcela das relações sociais, e o Direito Romano antigo era considerado muito erudito, razão pela qual se operou a substituição de regras escritas, formais, organizadas, por um direito local, informal, espontaneamente fixado pela população. John Gilissen anota que as poucas “leis” bárbaras não eram sequer leis, mas “registros escritos de certas regras jurídicas, com origem no costume, próprias deste ou daquele povo”.⁴⁴⁰

As autoridades públicas perderam a importância e foram postas de lado, limitando-se a intervir, poucas vezes, em questões de interesse público, não-privado.

Na Alta Idade Média, a situação agravou-se, verificando-se um retrocesso, com retorno da sociedade a um estado mais primitivo. Os litígios eram resolvidos pela lei do mais forte ou, arbitrariamente, por algum líder. A própria Igreja defendia a primazia da fraternidade e caridade, estimulando a arbitragem, em contrapartida à Justiça.

⁴⁴⁰ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 172.

As sucessivas divisões do antigo Império Romano, os conflitos de sucessão, as guerras e a dominação por diversos povos bárbaros levaram à formação e consolidação do sistema feudal na Europa Ocidental e Central a partir do século X. John Gilissen nota que a “autoridade é dividida em benefício da hierarquia dos senhores feudais; o costume torna-se a única fonte do direito”.⁴⁴¹

Robinson, Fergus e Gordon⁴⁴² definem o feudalismo como o sistema no qual um homem oferece serviços (em geral, militares) a outro em troca de proteção. São centrais, no feudalismo, o feudo, ou unidade de terra concedida pelo senhor ao vassalo, e a relação entre os vassalos e o senhor, de prestação de serviços em troca da subsistência e proteção.

Robinson, Fergus e Gordon⁴⁴³ falam em três elementos centrais característicos do feudalismo: a relação pessoal (*the personal bond*) entre um vassalo e um senhor, na qual as duas partes têm direitos e obrigações; a tenência (*tenure*), que é o termo utilizado para descrever a posse contínua da terra, cedida pelo senhor ao vassalo; e a delegação dos poderes governamentais (*delegation of governmental powers*), para regular as relações entre as partes, a jurisdição e os impostos.

A Europa Ocidental, durante o feudalismo⁴⁴⁴, estava dividida em uma multiplicidade de pequenos senhorios, que praticamente se auto-regulamentavam, restringindo-se o direito às relações feudo-vassálicas e às relações entre os senhores e os servos. A organização estatal, durante esse período, desapareceu, ou, ao menos, ficou enfraquecida a ponto de se poder concluir que desapareceu. A fonte do direito era unicamente o costume, havendo nenhuma ou muito pouca atividade legislativa.

Por volta dos séculos XII e XIII, com o renascimento das cidades e do comércio, a sociedade tomou consciência da necessidade e da importância do direito. Segundo René David:

“A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo consciência da necessidade do direito; acaba por conceder que só o

⁴⁴¹ *Id.* p. 167.

⁴⁴² ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *European Legal History — Sources and Institutions*. p. 26.

⁴⁴³ *Id.* pp. 28/32.

⁴⁴⁴ Não há data certa que marque o início e o fim do feudalismo. Em geral, fala-se que perdurou do século X ao XII, na Europa Continental.

direito pode assegurar a ordem e a segurança que permitem o progresso. O ideal duma sociedade cristã fundada sobre a caridade é abandonado; renuncia-se à criação na terra da cidade de Deus. A própria Igreja distingue mais nitidamente a sociedade religiosa dos fiéis e a sociedade laica, o foro externo e o foro interno, e elabora nesta época um direito privado canônico.”⁴⁴⁵

Os romanos já tinham essa idéia, ao menos no que toca às relações entre particulares. Trata-se da necessidade de que a razão se sobreponha ao arbítrio, de que a sociedade seja fundada sobre o Direito.

Essa importância que o Direito tomou não estava relacionada à afirmação de um poder de uma autoridade soberana, não é fruto de uma centralização, como ocorreu na Inglaterra, onde o desenvolvimento da *common law* está ligado ao fortalecimento de Tribunais Reais centralizados.

Como bem destaca René David:

“O sistema de direito romano-germânico *nunca foi fundado senão sobre uma comunidade de cultura*. Ele surgiu e continuou a existir, *independentemente de qualquer intenção política*: isto é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar.”⁴⁴⁶

Ela foi fruto, ao contrário, de novos focos de cultura que surgiram, em especial, nas universidades⁴⁴⁷, centros de produção que não se resumiam a escolas práticas de direito, que estudavam o Direito local consuetudinário. Segundo John Gilissen:

“O elemento comum aos direitos romanistas é a influência exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborada nas universidades a partir do século XII. Aí, o f r3 534(o)-0.295.300048()-261.174(X)-(

do Direito e pela idéia de que traduz uma criação do Estado, difundiu-se e impôs-se, combinado com alguns elementos locais;

- (ii) o elemento cristão — o Cristianismo modelou a consciência européia, até pela influência exercida sobre o Direito Romano;
- (iii) o elemento germânico — refletiu um novo sentimento de vida e uma distinta compreensão social oriundos dos povos germânicos.

René David bem separa as etapas do desenvolvimento do sistema em período do direito consuetudinário, do direito legislativo e da expansão para fora da Europa, onde se formou.

O desenvolvimento do sistema romano-germânico não foi marcado, ao contrário do sistema inglês, pela afirmação de um poder político central ou de uma autoridade soberana; pelo contrário, esteve ligado a uma comunidade cultural, desprovida de intenção política.

O chamado período consuetudinário foi marcado, inicialmente, pela tentativa de superação dos direitos locais, de costumes atrasados, que não espelhavam, para a Universidade — fonte da produção do Direito —, a verdadeira justiça.

O Direito Romano, bem como o Canônico, a seu lado, seriam capazes de fornecer as bases da ordem e da segurança sociais, e permitir o desenvolvimento de um direito justo, fundado na razão, não-arbitrário.

As universidades desempenharam um papel central, de pólo difusor do Direito. Não eram escolas práticas, que se limitavam a estudar as decisões e os costumes, mas, sim, a estudar as regras de fundo, com base na razão, que seriam as mais justas, conformes à moral e mais favoráveis à regulação da sociedade.

Nas universidades não se fazia o direito positivo, mas se buscavam métodos para orientar as soluções de justiça. Não havia uma rigidez como a do sistema inglês, ligado ao processo, que fez necessária a distinção entre *common law* e *equity*, para complementar e corrigir a primeira, já que a idéia de equidade, no sistema romano-germânico era inerente ao Direito proposto pelas universidades.

A busca da razão foi uma constante no sistema romano-germânico, e aos poucos afastou os estudiosos do direito clássico de Justiniano, para se tornar um direito fundado sobre a razão, que pudesse ser aplicado universalmente.

Os costumes locais foram, portanto, repudiados e substituídos pelo direito erudito das universidades. Eles são próprios de sociedades tradicionais, fechadas, e se limitam a um determinado território, ao contrário destes, para uma sociedade universal.

Durante os séculos XIII e XVIII, muitas Compilações apareceram em diversos países, com o intuito de fixar os costumes regionais. Poder-se-ia pensar que essas obras impediriam o avanço do Direito Romano, mas não, porque apenas refletiam determinado costume local que seria insuficiente para regular as relações sociais.

Só grandes Direitos consuetudinários poderiam limitar o avanço do Direito Romano, o que constituía uma exceção. Exemplo foi a compilação espanhola *Siete Partidas*, mas que, mesmo assim, não forneceu uma base sólida para o desenvolvimento de novas matérias. Apesar disso, essa compilação tem sua importância justificada, pois buscou apresentar o costume não como algo local, mas regional, e levou os redatores a negligenciarem aspectos locais. Por outro lado, quando surgiam dúvidas na escolha entre diversas soluções, fazia-se a opção por aquela mais próxima das regras do Direito Romano.

A lei, inicialmente, ocupava um papel secundário, até porque, segundo as idéias predominantes durante a Idade Média, o direito não dependia de nenhum comando de autoridade para ser considerado pela sociedade.

Competia à lei, emanada do soberano, função meramente administrativa, de organização e administração da justiça, segundo René David, “para auxiliar a formulação do direito que ele não criou.”⁴⁵² Sob esse aspecto, observa-se uma semelhança com o sistema inglês, da *common law*.⁴⁵³

E quando os soberanos “legislavam” em matéria relativa aos costumes, em geral, limitavam-se a reproduzi-los, evitando o confronto. O papel ativo na criação de normas era exceção, e, se acontecia, revelava-se em matéria processual. Não se admitia, inicialmente, que o Direito pudesse ser modificado segundo a vontade do soberano.

⁴⁵² DAVID, René. *Op. cit.* p. 69.

⁴⁵³ Nesse ponto, interessante notar a observação feita por Buckland e McNair sobre o papel da lei, em trabalho sobre as relações e semelhanças do Direito Romano com a *common law* (*Derecho Romano y “Common Law”*. p. 37.): “Aunque a los legos e incluso a los juristas, en países que tienen su Derecho codificado, les parezca que la ley es la forma normal del Derecho, debe recordarse que en la época clásica del Derecho Romano, y a lo largo de nuestra propia historia jurídica, la ley, en lo que respecta al Derecho privado, ocupa solamente una posición muy subordinada.”

Essa concepção foi alterada nos séculos XVII e, principalmente, XVIII, com a chamada Escola do Direito Natural, que marcou, segundo René David, o período legislativo do sistema romano-germânico. Ao soberano foi reconhecido o direito de legislar, não arbitrariamente, mas corrigindo erros e reconhecendo as leis naturais, frutos da razão.

Segundo René David, a Escola “eleva a um alto grau a sistematização do direito, que ela concebe de modo axiomático, eminentemente lógico, à imitação das ciências.”⁴⁵⁴.

O centro para a construção da ordem social era o homem e a razão humana. O Direito, para a Escola do Direito Natural, não era fruto da vontade divina, e, tampouco, da natureza das coisas, mas da vontade do homem, tendo como único guia a razão.

A concepção do Direito como uma ciência axiomática, avalorativa, e o apelo à legislação são características da Escola de Direito Natural. Quanto ao fundo do direito, fez-se necessário o desenvolvimento do estudo do direito público. Esclareça-se que o direito privado tem uma base romana forte. Os romanos, todavia, praticamente desconheciam o direito administrativo e o direito constitucional, ramos do direito público. Segundo René David:

“A Escola do direito natural exige que, ao lado do direito privado, fundado sobre o direito romano, a Europa elabore o que lhe faltou até então, porque a Universidade, orientada para o estudo das leis romanas, não se ocupou disso: um direito público consagrando os direitos naturais do homem e garantindo as liberdades da pessoa humana.”⁴⁵⁵

Observa-se, também, o desenvolvimento da codificação, nos países da Europa continental. O direito das universidades, duto, afastado dos direitos e costumes locais, já estava maduro o suficiente para ser positivado, a fim de ser mais facilmente aplicado, na prática, pelas nações. John Gilissen destaca que para “um melhor conhecimento das leis (cada vez mais numerosas), e também das regras jurídicas extraídas de outras fontes do Direito (costume, jurisprudência, doutrina), procedeu-se

⁴⁵⁴ DAVID, René. *Op. cit.* p. 53.

⁴⁵⁵ *Id.* p. 55.

em toda a parte à codificação”.⁴⁵⁶ Robinson, Fergus e Gordon anotam duas causas principais à codificação, à positividade dos costumes em vigor e à oportunidade para alterar as leis existentes:

“Enquanto o processo de codificação foi primeiramente desenvolvido para estabelecer aqueles costumes em prática, também aproveitou-se a oportunidade para reformar as leis existentes que se desejasse. A distinção entre os dois objetivos não era sempre tão clara porque para estabelecer os costumes corretos, era quase o mesmo do que escolher o melhor costume. O propósito, em geral, não era inovar, mas a necessidade de escrever os costumes produziu uma nova precisão no direito existente e revelou áreas aonde a proteção legal não chegava”.⁴⁵⁷

Além disso, o soberano podia afirmar o direito, positivando as leis naturais a serem aplicadas pelos Tribunais, auxiliando na tarefa de julgar, ao contrário das confusas compilações antigas. John Gilissen observa que o poder de fazer leis “passa progressivamente dos senhores e das cidades para os soberanos e depois para a nação”.⁴⁵⁸

Para o sucesso da codificação, apontam-se duas condições essenciais — fosse ela feita em um grande país e obra de um soberano esclarecido. A França foi pioneira na codificação, e todos os Direitos, salvo raras exceções, segundo René David⁴⁵⁹, adotaram a fórmula francesa de codificar⁴⁶⁰.

Durante o século XIX, com o declínio do espírito universalista e com o desenvolvimento do nacionalismo, a codificação afastou-se do seu propósito inicial, de enunciar os princípios comuns do direito natural. Segundo René David, isso não foi

⁴⁵⁶ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 206.

⁴⁵⁷ ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *Op. cit.* p. 204. Tradução nossa de: “While the process of codification was primarily designed to provide a statement of those customs actually in force, the opportunity was also taken to reform existing law where this was thought desirable. The distinction between the two aims was not always clear because to establish the correct custom was almost the same as to choose the better one. The purpose was not in general to innovate, but the need to reduce customs to writing produced a new precision in the existing law and revealed areas where legal guidance was lacking.”

⁴⁵⁸ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 206.

⁴⁵⁹ DAVID, René. *Op. cit.* p. 78.

⁴⁶⁰ René David destaca que eventuais acidentes históricos levaram a determinadas diferenças entre a codificação em um e outro país, por exemplo, entre França e Alemanha. A elaboração do Código Civil

fruto da codificação, mas da rejeição da codificação francesa na Alemanha e da atitude das universidades no seu desenvolvimento:

“A codificação e todo o movimento legislativo posterior, originaram uma atitude de positivismo legislativo, ao mesmo tempo que de nacionalismo jurídico, no qual pôde parecer que desapareceu a idéia de que existia uma comunidade jurídica entre as nações européias (e, cada vez mais, extra-européias) e que existia uma família de direito romano-germânico. O direito pareceu confundir-se com a ordem do soberano, deixou de se confundir com a justiça.”⁴⁶¹

Sobre a expansão além-Europa, que marca, segundo René David, a terceira fase do desenvolvimento do sistema romano-germânico, é válido destacar que foi motivada em grande parte pela colonização de territórios por países europeus, desde o século XVI. No século XIX, nas antigas colônias européias, formaram-se Estados independentes, que conservaram a antiga tradição jurídica dos países colonizadores.

Poder-se-ia pensar que o sistema romano-germânico está em declínio, tendo em vista essas diversas fases pelas quais passou, marcadas pelo radicalismo do positivismo jurídico, pela busca de uma ciência do Direito neutra, avaliativa. Observa-se, todavia, que ele está vivo, em constante transformação. Segundo René David, tampouco o caráter de unidade foi perdido⁴⁶².

Apesar da diversidade dos graus de romanização, há elementos comuns, oriundos do Direito Romano, que aparecem desde a Idade Média até os dias atuais, segundo John Gilissen⁴⁶³. Por exemplo, o uso de uma terminologia comum, baseada em uma concepção comum das noções jurídicas.

O papel reconhecido à regra de direito abstrata e geral, que é retirada pela ciência jurídica do conjunto dos casos concretos e das necessidades da própria sociedade. Vale destacar que não se tratou de apenas receber as regras romanas, mas, sim, de, a partir dos textos romanos, mostrar qual o melhor direito a reger a sociedade e

alemão realizou-se com base na ciência dos pandectistas, que tomou vulto nas universidades enquanto os franceses dedicavam-se à exegese dos seus códigos (*Op. cit.* p. 79).

⁴⁶¹ *Id.* p. 75.

⁴⁶² DAVID, René. *Op. cit.* p. 77.

⁴⁶³ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 204.

o melhor modo de chegar a seu conhecimento. Darbyshire⁴⁶⁴ bem nota que a regra de Direito, no sistema romano-germânico, não é considerada apenas uma regra para resolver determinado caso concreto, mas um guia para a resolução de casos futuros.

Nesse sentido, a regra de direito no sistema romano-germânico tem pretensão de regular a sociedade no futuro, de perdurar no tempo, sem a preocupação imediata de resolução de um único caso concreto. Nesse contexto, observa-se que a fonte primária do direito, no sistema romano-germân

“As universidades valorizam a missão do direito; elas sublinham a função insubstituível que ele deve desempenhar na sociedade. Aqui está um primeiro ponto, independente do direito romano e da sua recepção: o renascimento dos estudos de direito romano é, em primeiro lugar e antes de tudo, senão o simples renascimento da idéia de direito, pelo menos o do princípio da legalidade que vê no direito a própria base da ordem civil.”⁴⁶⁷

Não obstante essas características comuns, John Gilissen aponta dois elementos que aparecem nos direitos europeus, mas que não foram introduzidos diretamente pelo renascimento do Direito Romano:

“— passa-se do ‘irracional’ ao ‘racional’ desde os séculos XII-XIII, ao mesmo tempo que se desenvolve a idéia dum direito justo e razoável aplicável a todos;

— a preponderância da lei impõe-se sobretudo pela extensão do poder dos reis e dos grandes senhores; a noção de soberania, que se desenvolve nos séculos XIII e XIV, reconhece-lhes o poder de impor regras de direito aos seus súbditos, ‘porque assim lhes agrada’ e ‘o rei é fonte de toda a justiça’.”⁴⁶⁸

John Gilissen aponta as seguintes vantagens do sistema romanista, em comparação aos Direitos locais:

“— era um *direito escrito*, enquanto os direitos das diferentes regiões da Europa eram ainda, na sua maior parte, consuetudinários, isto é, não escritos, com todas as conseqüências que derivam da incerteza e da insegurança do costume;

— era *comum* a todos os mestres (com reserva de algumas variantes na interpretação); aparecia assim, e foi aliás reconhecido finalmente, como o direito comum (*ius commune*) da Europa continental;

⁴⁶⁷ DAVID, René. *Op. cit.* p. 59.

⁴⁶⁸ *Id. Ibid.*

— era muito *mais completo* que os direitos locais, compreendendo numerosas instituições que a sociedade feudal não conhecia (ou que já não conhecia) e que as necessidades do desenvolvimento económico tornavam úteis; o direito erudito pôde assim desempenhar a função de direito supletivo para colmatar as lacunas das leis e costumes locais;

— era *mais evoluído* porque tinha sido elaborado com base em textos jurídicos que reflectiam a vida duma sociedade muito desenvolvida, na qual a maior parte dos vestígios das sociedades arcaicas tinham desaparecido; aparecia assim como o direito útil ao progresso económico e social, em relação às instituições tradicionais da Idade Média.”⁴⁶⁹

Visto o desenvolvimento e as principais características do sistema romano germânico, fica clara a distinção com a *common law* e, principalmente, a ausência de uma prática intensa do *stare decisis*, pois os países da *civil law* partem da premissa de que as leis regulam as relações sociais, sendo o papel dos juízes de aplicadores e, no máximo, adaptadores das normas abstratas aos casos concretos.

A função dos juízes, ao contrário da *common law*, nunca foi a de criar regras gerais a partir dos precedentes, através do raciocínio indutivo, para resolver os casos concretos, literalmente, criando o Direito.

A criação das regras dá lugar à pura interpretação, a partir de um raciocínio mais dedutivo — das normas gerais para o caso concreto.

E por mais que as decisões anteriores dos órgãos judiciais e de Cortes Superiores tenham uma respeitabilidade e, por razões de política judiciária, devam ser respeitadas, não há essa obrigatoriedade, por regra. K. Zweigert e H. Kötz bem destacam que isso fica claro até pela forma de fundamentação e divulgação das decisões:

“Das Cortes na Alemanha exige-se, pelo artigo 313, § 2º, do ZPO, que dêem ‘apenas uma pequena justificativa dos fatos e pedidos essenciais’ nos quais se baseiem. Quando o julgamento é divulgado em periódicos, há uma tendência característica em resumi-los ou omiti-los — um procedimento que o advogado de *common law* acharia inconcebível. Também, a

⁴⁶⁹ GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 203.

Corte de Cassação francesa sequer registra e organiza suas decisões e, tampouco, justifica porque segue uma decisão e não outra. Claro que os juízes da Corte de Cassação, de fato, examinam e consideram precedentes com muito cuidado, mas eles gostam de passar a impressão de que o julgamento advém diretamente do texto da lei, em um movimento de subsunção mágica. Acima de tudo, os julgamentos das Supremas Cortes dos países continentais ainda, algumas vezes, refletem as tradições do autoritarismo de centenas de anos atrás: julgamentos devem, antes de tudo, ser atos estatais impessoais que refletem a majestuosidade da lei sobre os cidadãos; apesar disso, eles não podem deixar transparecer que os juízes chegam às suas decisões através de um balanceamento duvidoso e hesitante dos prós e dos contras das soluções concretas do problema concreto, mais do que através de uma lógica fria e calculada.”⁴⁷⁰

3.2.2. A vinculação das decisões judiciais pelos precedentes no Direito Português

Portugal é país da família de Direito romano-germânico, e a referência, ainda que breve, ao desenvolvimento da sua sistemática recursal e à vinculação das decisões judiciais pelos precedentes é fundamental para bem acentuar a distinção com a *common law*, em especial com o Direito Inglês e o Norte-americano.

Com a consolidação do reino português, após 1248, nota-se uma definição da estrutura recursal. Isso porque foi empreendida não só a estruturação, mas a hierarquização, e o procedimento passou a ser sempre escrito. A oralidade das

⁴⁷⁰ *Op. Cit.* p. 264. Tradução nossa de: “The courts in Germany are required by 313, par. 2 ZPO to give ‘only a brief statement of the essential’ facts and claims based on them. Even so, when the judgment is printed in periodicals or law reports there is a characteristic tendency to curtail or even to omit it — a proceeding which the common lawyer would find unthinkable. Again, the French Court of Cassation does not even quote its *own* previous decisions, much less say why it follows one decision rather than another. Of course the judges of the Court of Cassation do in fact go through the case-law with great care, but they like to give outsiders the impression that the judgment springs from the text of the statute at a wave of the magic wand of subsumption. Above all, judgments of supreme courts on the Continent still sometimes reflect the traditions of the authoritarian state of a hundred years ago: judgments should primarily be impersonal acts of state which parade the majesty of the law in front of citizens in awe of authority; therefore they must not let it emerge that judges reach their decisions through a hesitant and doubtful balancing of the pros and cons of concrete solutions of the problem thrown up by the ‘case’, rather than by sheer intellect and cold logic.”

sentenças e a falta de organização do Judiciário prejudicava a sistematização do procedimento de revisão das decisões judiciais.

Mas o certo é que, mesmo antes dessa data, já se falava em revisão das decisões judiciais, pelo monarca, que poderia revogá-las se as entendesse equivocadas. Esse procedimento, inclusive, chegou a ser positivado, segundo observa Marcello Caetano, por D. Afonso II, aproximadamente em 1211, no Livro das Leis e Posturas, sob o título “Estabelecimento contra aqueles que demandam a seus adversários com que já houveram sentença”⁴⁷¹.

E na mesma época, pela influência da dominação da Península Ibérica pelos romanos, nórdicos, visigodos e árabes⁴⁷², foram editados os “Códigos” do *Fuero Real* e das *Siete Partidas*⁴⁷³, em que se aplicava o procedimento das *façanhas*, segundo o qual se um juízo ou autoridade tomasse alguma decisão sobre algum feito notável e polêmico, ela poderia servir de base para quando outro caso ocorresse⁴⁷⁴. Rodolfo de Camargo Mancuso destaca a importância já dada, com esse procedimento, à uniformidade interpretativa:

“Como se vê, já nessas primitivas formulações legislativas se denota o germe da idéia que nos séculos vindouros se mostraria recorrente, a saber, a busca incessante de uma fórmula que assegurasse a prática do Direito de modo a preservar o binômio *certeza-justiça*, certo que para tanto se impunha encontrar a técnica capaz de outorgar a desejável *uniformidade interpretativa*, em face dos casos assemelhados.”⁴⁷⁵

Com as Ordenações Afonsinas, observa-se a regulamentação específica do processo civil, a partir da absorção de leis de reinados anteriores.

⁴⁷¹ CAETANO, Marcello. *Op. Cit.* p. 201.

⁴⁷² Séculos II a XV.

⁴⁷³ No século XII, foram unificadas e sistematizadas as normas, na Espanha, com a criação do *Fuero Real* e das *Siete Partidas*. Note-se que houve, inclusive, traduções desses Diplomas para a língua portuguesa. O *Fuero Real* era uma compilação das normas jurídicas destinada às cidades que ainda não tinham um *fuero* — compilação das normas municipais — ou que, embora tendo, quisessem um mais perfeito e atualizado. Ele baseava-se muito em preceitos do Código Visigótico e em costumes territoriais. As *Siete Partidas* eram uma exposição jurídica enciclopédica inspirada no sistema comum romano-canônico que passou a ter, gradualmente, o papel de fonte de Direito subsidiária para os Tribunais.

⁴⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 207.

⁴⁷⁵ *Id.* p. 208.

As Ordenações Afonsinas previam a recorribilidade de decisões para juízes superiores (tudo indica que fossem os Sobrejuízes), nos casos de erro, falsidade de provas e corrupção dos juízes, devendo o recorrente arcar com o pagamento de multa se o resultado fosse o improvimento:

“Cobiçando Nós poer cima aas demandas, e nam chegar demanda a demandas, e que per esto ajam as demandas sim qual devem, Estabelecemos que se algum trover a nosso Juízo aquelle, que ouve demandado, depois da Sentença dos nossos Juizes, querendo-lhe Nós fazer mercê, que lhe conheçam d’erro algum, se o hy houver, e depois for vencido, e achado, que a Sentença, que guainhou a outra parte contra elle, he boa, e qual devia, por esto, por que costrangeo seu adversário como nom devia, se o vencedor for Cavaleiro, ou Cleriguo Prelado da Igreja, o vencido seja penado em dez maravedis d’ouroç e se for piam, ou Clérigo nom Prelado, seja penado em cinco maravidiz d’ouro.”⁴⁷⁶

Mas o soberano podia determinar a revisão como mera graça especial, desde que paga determinada importância na Chancelaria, como se observa do seguinte trecho:

“Pero que no cazo, honde os ditos condenados nam aleguarem falsidade de testemunhas, ou Escrituras, ou sobornaçam de Juizes, mas somente pedirem, que per graça especial, e mercê lhe sejam os ditos feitos com as Sentenças revistos, em tal caso nom lhe seja outorgada sua petiçam, salvo paguando primeiramente trinta escudos d’ouro do nosso cunho pêra a nossa Chancellaria, e de hy pêra cima, segundo a calidade do feito for, e dos Juizes que esses feitos desembarguarem; e quando achado for, que esses condenados em todo foram agravados, Nós lhe mandaremos tornar os ditos escudos, que assy ouverem paguados, e bem assy parte delles, se em parte forem achados agravados, e d’outra guisa nam lhe serem mais tornados.”⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ *Ordenações. Livro III, Título CVIII.*

⁴⁷⁷ *Ordenações. Livro III, Título CVIII.*

Também, importante destacar que essas Ordenações estabeleciam três fontes do Direito, consoante bem destaca Marcello Caetano⁴⁷⁸. Primeiro, a lei, norma geral que emanava da autoridade do rei; segundo, o *estilo da corte*, costume jurisprudencial do Tribunal Supremo que exprimia o juízo do monarca (em cujo nome julgava); terceiro, o *costume do Reino antigamente usado*, que era norma consuetudinária cuja origem é desconhecida, mas que a convicção comum da obrigatoriedade levava à observância e à aplicação.

Quanto ao chamado *estilo da corte*, observa-se que se relacionava quase que a um sistema de precedentes, pois em razão da reiteração de soluções dadas a casos concretos, podia-se chegar a uma espécie de norma geral que, por obediência, deveria ser seguida. Marcello Caetano chama de tipo de “Lei Mental”⁴⁷⁹.

Assim, nota-se que, ao lado da sistemática da recorribilidade para uma instância superior, surge a prática de observância da jurisprudência do órgão superior, uma clara preocupação com a uniformidade interpretativa.

As Ordenações Manuelinas trouxeram, a exemplo das Afonsinas, a possibilidade de revisão de decisões definitivas, em determinados casos de erros, desde que a decisão recorrida estivesse baseada em provas falsas, tivesse sido proferida por juízes corruptos, ou, ainda, se fosse concedida graça especial. Atribuiu expressamente o nome de revista a esse recurso, que passou a ser alinhado ao lado dos já descritos:

“Depois que os feitos que em Rolaçam ham de seer vistos, e desembargados, forem em ella sentenciados, ou forem desembargados pólos Nossos Desembargadores dos Agravos da Casa da Sopricaçam, ou do Cível, nos casos que a elles segundo o Regimento de sues Officios pertence o conhecimento, ou sendo sentenciados por Sobrejuizes, ou per o Corregedor da Nossa Corte, ou Ouvidores, cabendo em suas alçadas, nom seram mais revistos em ninhuu caso, salvo se os condenados aleguarem, que as sentenças foram dadas per falsas provas, ou per falsas escripturas, declarando, e especificando a falsidade, a qual nom fosse antes aleguada nesses feitos, o se foi aleguada nom foi recebida, ou aleguando que as sentenças foram dadas per Juizes sobornados,

⁴⁷⁸ *Op. cit.* p. 548.

⁴⁷⁹ *Id. Ibid.*

e peitados pêra darem as ditas sentenças, ou quando Nós per graça especial Mandarmos rever alguas sentenças, e os processos donde sahiram, posto que as ditas cousas contra taees sentenças se nom aleguem: a qual Revista Mandamos que se nom faça em ninhuu dos ditos casos sem Nosso especial mandado.

E nos casos onde os condenados nom aleguarem falsidade de testemunhas, ou de escrituras, ou sobornaçam dos Juizes, e soamente per graça especial pedirem que lhe Mandemos rever os feitos, dezendo que foram per as sentenças agravados, e aleguando as causas de seus agravos, nom lhe seram taees Revistas outorgadas; salvo avendo Nós primeiramente enformaçam per dous Letrados, a que o feito de que se pedir Revista Mandamos veer, e sendo ambos conformes que he caso pêra lhe seer concedida, por parecer per o feito que a sentença nom foi dereitamente dada, ou por algua tal suspeçam que Sintamos acerca dos Desembargadores que no feito foram, que posto que se nom possa poer em forma pera por Dereito proceder, Nos pareça porem que abasta pêra o Nós Avermos de mandar rever, ou por parecer o feito em si tal, e de tal qualidade, e a sentença nom bem dada, que notoriamente conceba em si, que nom deva de passar sem seer melhor examinada.”⁴⁸⁰

Quanto à preocupação em manter a unidade interpretativa, merece destaque trecho das Ordenações Manuelinas que, expressamente, determinavam que as decisões fossem registradas em um “livrinho”, para que ficasse consignado o sentido da decisão e não houvesse dúvida quanto a isso. Nas entrelinhas, observa-se justamente a preocupação de que não fossem esquecidas as sentenças:

“E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em alguu feito, tendo alguu delles duuida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Merce. E a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordenaçam se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho pêra despois nom viir em duuida.”⁴⁸¹

⁴⁸⁰ *Ordenações. Livro III. Título LXXVIII.*

⁴⁸¹ *Ordenações. Livro V. Título LVIII.*

Trata-se, na verdade, de um aperfeiçoamento do sistema das *façanhas*, com a intenção de se alcançar um mínimo de certeza e segurança na aplicação do Direito. E esse instituto foi chamado de *assento*, sendo o primeiro conhecido datado de 27 de fevereiro de 1523, pelo qual, após decisão do Rei, em Relação, com a participação dos Desembargadores, determinou-se a extinção da forma de punição dada ao furto — queimar o rosto com ferro. Mônica Sifuentes ensina, sobre os *assentos*:

“Os assentos consistiam nas decisões da Casa de Suplicação de Lisboa, que se consubstanciavam em interpretação autêntica das leis do Reino de Portugal. Tinham, portanto, força de lei. A previsão vinha contida no § 1º, Título LVIII, Livro V, das Ordenações Manuelinas, bem como no § 5º, do Título V, Livro I, das Ordenações Filipinas, as quais dispunham igualmente que, havendo dúvida entre os desembargadores daquela Casa sobre as Ordenações, a respeito dela deliberariam, escrevendo a decisão e o entendimento que aí então se tomasse no Livro da Relação.”⁴⁸²

Em 1526, surgiu a Carta Régia, de D. João III, de alta importância, tendo em vista que, segundo Alfredo Buzaid, de modo geral, “as bases definitivas do sistema de recursos em Direito Português, consagradas, por vários séculos, pela legislação reinol e pela brasileira, já se achavam assentadas na célebre lei de D. João III.”⁴⁸³

Mas, além da Carta Régia, inúmeras leis extravagantes vieram a alterar, revogar ou esclarecer as disposições das Ordenações Manuelinas. Tornou-se, assim, imperiosa a elaboração de uma coletânea para tentar sistematizar as novas normas, que ficou conhecida como a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes do Leão, jurisconsulto nomeado para tanto pelo Cardeal D. Henrique, regente na menoridade de D. Sebastião. A Coleção entrou em vigor oficialmente em 1569.

Essa coletânea não passou, todavia, de uma simples obra intercalar e até provisória, visto que, em 1595⁴⁸⁴, ficaram prontas as Ordenações Filipinas, elaboradas durante a regência de Filipe I.

⁴⁸² *Op. cit.* p. 190.

⁴⁸³ BUZOID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. p. 48.

⁴⁸⁴ A efetiva entrada em vigor, todavia, segundo destaca Mário Júlio de Almeida Costa (*Op. cit.* p. 289), só ocorreu em 1603, no reinado de Filipe II.

Essas Ordenações, que foram as que vigoraram por mais tempo⁴⁸⁵, repetiram a sistemática das Ordenações Manuelinas, com pequenas alterações, como a transferência da regulação do direito subsidiário aplicável para o livro III, relativo ao processo. Mário Reis Marques anota que, para a nova mentalidade jurídica surgida com as Ordenações Filipinas, “o preenchimento das lacunas é uma questão técnico-jurídica intimamente ligada ao acto de julgar. Daí o seu enquadramento formal imediatamente depois de um título que impõe aos juízes que ‘julguem por a verdade sabida, sem embargo do erro do processo’”.⁴⁸⁶

Nesse sentido, as Ordenações Filipinas consolidaram uma tendência que vinha já das Manuelinas: a de tornar de respeito obrigatório algumas das decisões tomadas pela Casa da Suplicação. Quando surgissem dúvidas aos desembargadores da Casa da Suplicação sobre o entendimento de algum preceito, deveriam levar a questão ao regedor da Casa que convocaria os desembargadores para resolverem a questão ou a levaria ao monarca. A solução tomada seria registrada no Livro dos Assentos e teria força imperativa para casos futuros idênticos.

E essa prática, que reafirmava o entendimento e o poder do Tribunal, passou a ser adotada também por outras Cortes, como a Relação do Porto, nome que passou a ter a Casa do Cível após fixação no Porto. Essa nova Casa da Relação do Porto, que funcionava como Tribunal de segunda e última instância quanto às comarcas do Norte, em matéria criminal, e também como Tribunal de segunda e última instância para as questões cíveis até determinado valor⁴⁸⁷, apesar de sua subalternidade perante a Casa da Suplicação, ganhou grande autonomia e se entendeu no direito de fixar também Assentos para casos futuros.

Na sua esteira, também algumas Relações criadas fora de Portugal, como a de Goa, Bahia e Rio de Janeiro, deram-se o poder de fixar os Assentos. Essa questão veio a ser resolvida pela Lei da Boa Razão, de 1769, que estabeleceu que só os Assentos da Casa da Suplicação teriam eficácia interpretativa⁴⁸⁸.

As Ordenações Filipinas mantiveram, ainda, o cabimento extraordinário da revista, para rever decisões baseadas em provas falsas ou em casos de corrupção,

⁴⁸⁵ As Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até o advento do Código Civil de 1867 e, no Brasil, praticamente intactas, até o Código Civil de 1916.

⁴⁸⁶ MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 83.

⁴⁸⁷ Se ultrapassasse o valor fixado, seria cabível recurso para a Casa da Suplicação.

⁴⁸⁸ Em 1768, foi editada lei que alterou a sistemática recursal, em especial o recurso de revista.

bem como quando fosse concedida graça especial pelo rei. Nas primeiras hipóteses, expressamente permitia-se a produção de prova do alegado, ao passo que, na revista de graça especial, interposta dentro do prazo de doze meses, não se admitia. Nessa revista, também era previsto o exercício de um juízo de admissibilidade prévio por dois Desembargadores. Merece referência o seguinte trecho:

“Depois que os feitos, que cada huma de nossas Relações hão de ser vistos e desembargados, forem nella sentenciados, ou forem desembargados pelos Desembargadores dos Aggravos, ou pelos Corregedores da nossa Corte nos casos, de que o conhecimento lhes pertence, segundo Regimento de seus Offícios, cabendo em suas alçadas, não serão mais revistos em nenhum caso, salvo, se os condenados allegarem, que as sentenças forão dadas per falsas provas, ou per falsas scripturas, declarando e especificando a falsidade, a qual não fosse antes allegada nesses feitos, ou se foi allegada, não foi recebida, ou allegando, que as sentenças forão dadas per Juizes sobornados, e peitados para darem as ditas sentenças, ou quando Nós per graça special mandarmos rever algumas sentenças, e os processos, donde saíram, postoque as ditas cousas contra taes sentenças senão alleguem A qual revista mandamos, que se não faça em nenhum dos ditos casos, sem nosso special mandado.”⁴⁸⁹

O procedimento da revista foi mais detalhado, tendo sido feitas

A revista de graça especial interpunha-se na ocorrência de qualquer nulidade ou injustiça; ou de suspeição de juiz que não podia mais ser recusado, como no caso da Ord. Liv. 3, tit. 21, § 5º e outros semelhantes.

A revista de graça especialíssima tinha cabimento nos casos em que a revisão era proibida, em razão da natureza da causa ou do lapso de tempo decorrido.”⁴⁹⁰

Quanto à utilização dos precedentes, as Ordenações tinham disposição no sentido de que, no caso de lacuna da lei, o Rei poderia decidir pelas chamadas *decretaes*, pelas quais resolvia-se não só o caso concreto, mas outras situações semelhantes. Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que “os desembargadores estavam autorizados a proceder *de semelhante a semelhante*, assim resolvendo também os casos afins, posto que aqueles editos reais eram como ‘leis para desembargarem outros, semelhantes’”⁴⁹¹. E, como visto acima, foi mantida a prática dos *assentamentos*.

Por lei de 3 de novembro de 1768, foi suprimida a revista de justiça e fixados os casos de cabimento de revista de graça especial e especialíssima. A primeira cabia nas hipóteses de nulidade manifesta e de injustiça notória. A segunda, nas causas criminais, quando não se admitisse a de graça especial, e quando houvesse passado o prazo legal para a revisão das causas cíveis⁴⁹².

Vale observar que, durante todo o século XVIII, ganhou relevo, na Europa, o movimento do Iluminismo, que valorizava a razão, bem refletido, em Portugal, na Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769. Utilizavam-se, inclusive, métodos próprios das ciências físicas, como o silogismo demonstrativo, no campo das ciências sociais. O próprio Direito Romano e a *communis opinio doctorum* perderam autoridade e importância.

Diferentemente da Idade Média, na qual o Direito encontrava o seu sentido último na síntese jurídico-religiosa e até no Direito justiniano, o verdadeiro Direito encontrava-se, no Iluminismo, a partir da razão humana. Mário Reis Marques anota que, no Iluminismo, “os direitos e deveres naturais do ser humano derivam agora da natureza racional do homem”.⁴⁹³

⁴⁹⁰ PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. p. 52.

⁴⁹¹ *Op. cit.* p. 209.

⁴⁹² *Id. Ibid.*

⁴⁹³ MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 121.

Esse caminho já vinha sendo trilhado, no século XVII, pelo desenvolvimento da escola racionalista do direito natural, segundo a qual se chega à compreensão do direito natural a partir da razão humana, sem necessidade de recurso a postulados teleológicos.

E exemplo da influência iluminista, no Direito Português, foi justamente essa chamada Lei da Boa Razão, de 1769, que substituiu a autoridade do rei, enquanto fonte de Direito, pela sua razão, ao declarar que as normas de Direito Romano só seriam aplicáveis caso mostrassem-se concordantes com a boa razão.

É importante notar, ainda, que o pensamento iluminista, ao mesmo tempo em que foi racionalista quanto ao direito natural, estimulou o voluntarismo no que diz respeito ao direito positivo — o direito positivo passou a ser considerado a expressão da vontade do legislador. Dessa forma, a lei passou a ser a fonte única do Direito, tendo um sentido unívoco.

Nesse contexto, natural surgissem tentativas de reforma das Ordenações, visto que o próprio papel da lei e do direito começou a ser questionado. Foi o que ocorreu. Alguns projetos foram elaborados, no reinado de D. Maria I e D. João IV. Nenhuma das iniciativas, todavia, foi adiante, prevalecendo o respeito às Ordenações, até, em especial, a evolução constitucional, com a Constituição de 1822, que, apesar da curta vigência, foi marcante, na medida em que instituiu princípios fundamentais do constitucionalismo português, como o democrático, o representativo, o da separação dos poderes e o da igualdade jurídica e do respeito aos direitos pessoais⁴⁹⁴.

No que diz respeito a posteriores alterações da legislação processual quanto aos recursos, merece transcrição o ensinamento de Alcides de Mendonça Lima:

“(...) e, em particular, aos recursos, o primeiro ato que modificou as disposições daquelas Ordenações (Filipinas) foi o Decreto nº 24, de 16.5.1832 — mais de 200 anos após sua vigência — que reduziu o número de recursos das sentenças definitivas, que passaram a ser a apelação e a revista; e os das sentenças interlocutórias ficaram restringidos apenas ao agravo no auto

⁴⁹⁴ Esses princípios são enumerados por J.J. Gomes Canotilho (*Op. Cit.* pp. 129-130). Note-se que não se falava em princípio federativo.

do processo. Desapareciam, pois, os embargos e os agravos de instrumento, de petição e o ordinário.”⁴⁹⁵

A revista para o Supremo Tribunal de Justiça era cabível, nos termos do artigo 1.148, dos acórdãos definitivos das Relações, proferidos em apelação, quando a causa excedesse a alçada fixada, e, segundo o artigo 1.159, deveria ter como fundamento nulidades de processo ou da sentença (eram abrangidas nas nulidades também o julgamento contra o direito).

O Código de Processo Civil de 1939 foi o primeiro a dividir os recursos em ordinários (interpostos antes do trânsito em julgado da decisão) e extraordinários. Eram daquele tipo, nos termos do artigo 677, a apelação, a revista, o agravo, a queixa e o recurso para o tribunal pleno. A oposição de terceiro e a revisão eram recursos extraordinários (muito assemelhados à nossa ação rescisória)⁴⁹⁶.

A revista para o Supremo Tribunal de Justiça passou a ser cabível dos acórdãos que tivessem conhecido do objeto da apelação (mais restrita), e deveria estar fundamentada em violação à lei substantiva por erro de interpretação ou de aplicação, nos termos do artigo 722, que detalhava:

“§ 1º. Por lei substantiva devem entender-se: as regras de direito, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos da soberania, nacionais ou estrangeiros; os usos e costumes quando tenham força de lei; as convenções e tratados internacionais.

§ 2º. O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do acto ou facto ou que fixe a fôrça de determinado meio de prova.”⁴⁹⁷

Nota-se a preocupação do legislador em retirar do Supremo Tribunal a apreciação de matéria fático-probatória, que só seria viável, pela revista, segundo José Alberto dos Reis, se houvesse: “1. ofensa duma disposição expressa de lei que exija

⁴⁹⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. p. 24.

⁴⁹⁶ REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Explicado*. pp. 424 e segs.

⁴⁹⁷ *Id.* p. 455.

certa espécie de prova para a existência do acto ou facto; 2. salvo havendo ofensa de lei que fixe a força de determinado meio de prova”⁴⁹⁸.

O Código de Processo Civil de 1939, após idas e vindas da legislação portuguesa sobre os *assentos* enquanto forma de resolver o problema da divergência jurisprudencial, reincorporou o instituto no ordenamento jurídico luso. Mônica Sifuentes destaca a intenção de garantir a uniformização da jurisprudência nos debates do Projeto do CPC de 1939:

“Nas atas das discussões do projeto vislumbra-se, ao lado da constatação da necessidade de estabelecer um mecanismo apto a garantir a uniformização da jurisprudência, uma preocupação com a invasão da esfera de competência legislativa pelo Supremo Tribunal. Houve inclusive uma corrente, majoritária, que admitia o recurso de uniformização para o Tribunal Pleno, mas submetia o assento que então se lavrasse à ratificação da Assembléia Nacional, o que lhe conferiria força obrigatória geral. Tal proposta apenas não teve êxito pela consideração de que a Assembléia não teria competência para conceder ou negar a ratificação de assentos.”⁴⁹⁹

Apenas em 1966, com a aprovação do Código Civil é que foi atribuída expressa força obrigatória geral aos *assentos*. Mônica Sifuentes os caracteriza como:

“Consistia o *assento* na solução de um conflito de jurisprudência, caracterizado pela contradição de dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça ou da Relação, relativamente à mesma questão fundamental de direito, da qual não fosse admissível recurso de revista ou de agravo. O assento deveria ser firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada dos seus membros (intervenção de pelo menos 4/5 dos seus juízes), por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil português.”⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ *Id.* p. 457.

⁴⁹⁹ *Op. cit.* p. 197.

⁵⁰⁰ *Op. cit.* p. 200.

Os requisitos, segundo o CPC de 1961, para a prolação de um assento, eram:

- (i) a existência de contradição entre dois acórdãos do Supremo Tribunal relativamente à mesma questão fundamental de direito ou a contradição entre dois acórdão da Relação, desde que não fosse admissível recurso por motivo estranho à alçada do Tribunal;
- (ii) que os acórdãos tivessem sido proferidos em processos diferentes ou em incidentes do mesmo processo (desde que não pronunciados um em recurso do outro);
- (iii) que fossem proferidos no domínio da mesma legislação, desde que o acórdão recorrido ainda não tivesse transitado em julgado.

E, uma vez proferido o *assento*, não poderia mais o Supremo Tribunal de Justiça modificá-lo ou revogá-lo, mas, apenas, o legislador, o que era objeto de muitas das críticas feitas ao instituto. Partia-se, portanto, de caso concreto para atribuir força normativa à decisão para casos futuros, sem que pudesse vir a ser revista a posição já consolidada e emanada do Supremo Tribunal.

Fala-se, na sistemática recursal portuguesa atual⁵⁰¹, em recursos ordinários e extraordinários⁵⁰². Ao contrário do Brasil, o critério distintivo não atende à amplitude da impugnação, mas relaciona-se ao trânsito em julgado da decisão. Os recursos ordinários são interpostos contra decisões não transitadas em julgado e os extraordinários pressupõem o trânsito em julgado da decisão. São ordinários (e apreciados por órgão hierarquicamente superior), a apelação, a revista e o agravo, e extraordinários (apreciados pelo mesmo órgão prolator da decisão impugnada), a revisão e a oposição de terceiros.

A regra, segundo o artigo 676 do atual Código de Processo Civil Português é de cabimento de recurso (de natureza ordinária) contra as decisões judiciais. O não-cabimento é a exceção. Os requisitos gerais de admissibilidade são, além da

⁵⁰¹ CPC de 1961.

⁵⁰² Art. 676. “1 — As decisões judiciais podem ser impugnadas por meio de recursos. 2 — Os recursos são ordinários ou extraordinários: são ordinários a apelação, a revista e o agravo; são extraordinários a revisão e a oposição de terceiro.”

tempestividade e da legitimidade para recorrer, segundo Fernando Amâncio Ferreira⁵⁰³, o valor da causa (o recurso só é admissível nas causas de valor superior à alçada do Tribunal) e o valor da sucumbência (o recurso só é admitido se a decisão impugnada for desfavorável em valor superior à metade da alçada do Tribunal que proferiu a decisão recorrida)⁵⁰⁴.

Ainda na parte geral sobre os recursos, interessante notar que o CPC Português, preocupado com o respeito à jurisprudência dos Tribunais, dispõe que os recursos ordinários serão sempre cabíveis quando houver divergência jurisprudencial⁵⁰⁵ ou quando for desrespeitada a jurisprudência uniformizada do Supremo Tribunal de Justiça⁵⁰⁶.

Assim, os órgãos inferiores devem sempre observar as decisões consolidadas do Supremo, sob pena de terem suas decisões reformadas.

A apelação é o recurso por excelência no Direito Português, sendo cabível, nos termos do artigo 691, do Código de Processo Civil, da sentença final e do despacho saneador que decidir o mérito da causa⁵⁰⁷. Pela apelação, provoca-se o reexame da causa por tribunal hierarquicamente superior, podendo o tribunal *ad quem* examinar tanto matéria de direito como fáctica. Manuel Leal-Henriques bem explica que a apelação “é o recurso ordinário utilizado para produzir uma alteração da sentença no seu todo, provocando-se um *reexame da questão* ou questões que foram objecto de decisão no tribunal recorrido.”⁵⁰⁸

Os tribunais que apreciam as apelações são os tribunais de segunda instância, os tribunais da Relação, que têm seções especializadas com jurisdição cível, criminal e social.

⁵⁰³ FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos Recursos em Processo Civil*. pp. 98-111.

⁵⁰⁴ Quanto ao valor, vale destacar, segundo faz Helder Martins Leitão (*Dos Recursos em Processo Civil*. pp. 72-73), que algumas decisões, independentemente do valor, admitem recurso — quando discutir-se competência internacional, competência em razão da matéria, competência em razão da hierarquia, ofensa a coisa julgada, o próprio valor da causa, incidentes e em processos cautelares.

⁵⁰⁵ Art. 678 — 4: “É sempre admissível recurso, a processar nos termos dos artigos 732-A e 732-B, do acórdão da Relação que esteja em contradição com outro, dessa ou de diferente Relação, sobre a mesma questão fundamental de Direito e do qual não caiba recurso ordinário por motivo estranho à alçada do tribunal, salvo se a orientação nele perfilhada estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça.”

⁵⁰⁶ Art. 678 -6: “É sempre admissível recurso das decisões proferidas contra jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal de Justiça.”

⁵⁰⁷ Art. 691. “O recurso de apelação compete da sentença final e do despacho saneador que decidam do mérito da causa. 2 — A sentença e o despacho saneador que julguem da procedência ou improcedência de alguma excepção peremptória decidem o mérito da causa.”

⁵⁰⁸ HENRIQUES, Manuel Leal-. *Recursos em Processo Civil*. p. 67.

A apelação deve ser interposta no prazo de dez dias a contar da notificação da decisão recorrida⁵⁰⁹. O juiz prolator da decisão, então, proferirá despacho admitindo ou não a apelação e dizendo em que efeito o faz (devolutivo e suspensivo)⁵¹⁰. Se o recurso não for admitido, é cabível a reclamação para o presidente do tribunal que seria competente para conhecer do recurso⁵¹¹. As alegações, sempre escritas, são, por regra, apresentadas no tribunal recorrido, no prazo de trinta dias, contados da notificação do recebimento do recurso⁵¹².

No tribunal superior, após a distribuição, o relator examina, preliminarmente, se o recurso é próprio e se deve manter o efeito atribuído, podendo, inclusive, decidir monocraticamente se a questão for simples (por já haver jurisprudência sobre o assunto) ou se manifestamente infundado⁵¹³. Eventualmente, o relator pode determinar a instrução do recurso, inclusive com a produção de prova⁵¹⁴. Após, o recurso é levado a julgamento, em sessão, dizendo a sua proposta de acórdão, seguindo-se o voto dos demais juízes, podendo a decisão ser mantida ou reformada.⁵¹⁵

O recurso de revista, dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça⁵¹⁶ (órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional⁵¹⁷), é limitado a questões de direito, relativas a violações à lei

⁵⁰⁹ Art. 685. “1 — O prazo para interposição dos recursos é de dez dias, contados da notificação da decisão (...).”

⁵¹⁰ Art. 687. “4 — A decisão que admita o recurso, fixe a sua espécie ou determine o efeito que lhe compete não vincula o tribunal superior, e as partes só a podem impugnar nas suas alegações.”

⁵¹¹ Art. 688. “1 — Do despacho que não admita a apelação, a revista ou o agravo e bem assim do despacho que retenha o recurso, pode o recorrente reclamar pra o presidente do tribunal que seria competente para conhecer do recurso.”

⁵¹² Art. 698. “2 — O recorrente alega por escrito no prazo de 30 dias, contados da notificação do despacho de recebimento do recurso, podendo o recorrido responder, em idêntico prazo, contado da notificação da apresentação da alegação do apelante.”

⁵¹³ Art. 705. “Quando o relator entender que a questão a decidir é simples, designadamente por ter já sido jurisdicionalmente apreciada, de modo uniforme e reiterado, ou que o recurso é manifestamente infundado, profere decisão sumária, que pode consistir em simples remissão para as precedentes decisões, de que se juntará cópia.”

⁵¹⁴ Segundo Helder Martins Leitão (*Op. cit.* pp. 105-106), isso torna o recurso um verdadeiro instrumento para a realização do duplo grau de jurisdição. Essa eventual possibilidade de produção de provas foi uma inovação trazida pelo DL 329-A/95 e pelo DL 39/95.

⁵¹⁵ Art. 709. “1 — Os juízes, depois de examinarem o processo, põem nele o seu visto, datando e assinando; terminados os vistos, a secretaria faz entrar o processo em tabela para julgamento.”

⁵¹⁶ O Supremo Tribunal de Justiça é dividido em quatro seções especializadas: duas de jurisdição cível, uma de jurisdição criminal e uma de jurisdição social.

⁵¹⁷ Artigo 25 da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei nº 3/99): “1 — O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional”; e Artigo 210, da Constituição da República Portuguesa: 1. O Supremo Tribunal de Justiça é o órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais, sem prejuízo da competência própria do Tribunal Constitucional.”

substantiva (por erro de determinação da norma aplicável, por erro de interpretação ou por erro de aplicação) ou a nulidades (violações ditas processuais⁵¹⁸) não devolvendo ao tribunal *ad quem* matéria de fato⁵¹⁹. Esse recurso é cabível contra acórdãos da Relação que decidam o mérito da causa⁵²⁰.

José Alberto dos Reis ensina que os traços que caracterizam o perfil desta instituição superior são:

“a) O Supremo Tribunal conhece unicamente de *questões de direito*. b) A sua decisão é *definitiva*. c) O Tribunal não se limita a *cassar* a decisão de segunda instância; depois de definir e declarar o *direito* em relação à espécie controvertida, aplica ele mesmo a solução jurídica aos *factos* que os Tribunais de instância estabeleceram e fixaram. d) Resolve os conflitos de jurisprudência, emitindo *assentos* com força obrigatória.”⁵²¹

Como Tribunal que julga matéria de direito, o Supremo Tribunal de Justiça preocupa-se, também, com a uniformização da jurisprudência, que está, hoje, prevista nos artigos 732-A⁵²² e 732-B, do Código de Processo Civil. Os acórdãos que

⁵¹⁸ Artigos 668 (causas de nulidade da sentença) e 716 (vícios e reforma do acórdão).

⁵¹⁹ Art. 722. “1 — Sendo o recurso de revista o próprio, pode o recorrente alegar, além da violação de lei substantiva, a violação de lei de processo, quando desta for admissível o recurso, nos termos do n.º 2 do artigo 754, de modo a interpor do mesmo acórdão um único recurso. 2 — O erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objecto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova.”

⁵²⁰ Art. 721. “1 — Cabe recurso de revista do acórdão da Relação que decida do mérito da causa. 2 — O fundamento específico do recurso de revista é a violação da lei substantiva, que pode consistir tanto no erro de interpretação ou de aplicação, como no erro de determinação da norma aplicável; acessoriamente, pode alegar-se, porém, alguma das nulidades previstas nos artigos 668 e 716. 3 — Para os efeitos deste artigo, consideram-se como lei substantiva as normas e os princípios de Direito internacional, geral ou comum e as disposições genéricas, de carácter substantivo, emanadas dos órgãos de soberania, nacional ou estrangeiros, ou constantes de convenções ou tratados internacionais.”

Segundo o atual artigo 725, é cabível também a revista *per saltum*, direto do tribunal de primeira instância para o STJ, “quando o valor da causa ou da sucumbência for superior à alçada dos tribunais judiciais de 2.ª instância e as partes, nas suas alegações, suscitam apenas questões de Direito”.

⁵²¹ REIS, José Alberto dos. *A Função do Supremo Tribunal de Justiça Segundo o Código de Processo Civil Português* in *Ajuris*, v. 13, n. 38, pp. 7-22, nov. 1996.

⁵²² Art. 732-A: “1 — O Presidente do Supremo Tribunal de Justiça determina, até à prolação do acórdão, que o julgamento do recurso se faça com intervenção do plenário das secções cíveis, quando tal se revele necessário ou conveniente para assegurar a uniformidade da jurisprudência.

2 — O julgamento alargado, previsto no número anterior, pode ser requerido por qualquer das partes ou pelo Ministério Público e deve ser sugerido pelo relator, por qualquer dos adjuntos, ou pelos presidentes das secções cíveis, designadamente quando verificarem a possibilidade de vencimento de solução jurídica que esteja em oposição com jurisprudência anteriormente firmada, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito.”

uniformizam a jurisprudência equivalem aos antigos assentos (alteração do DL 327-A/95, de 12/12), mas sem a mesma força obrigatória. Jorge Augusto Pais de Amaral bem destaca que:

“Foi declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil, na parte em que conferia aos tribunais a possibilidade de fixar jurisprudência uniformizadora com força obrigatória geral, pondo assim termo aos assentos.”⁵²³

A referida decisão pela inconstitucionalidade⁵²⁴, esclareça-se, manteve a força vinculativa dos *assentos* ao âmbito dos tribunais judiciais.

E, pelo Decreto Lei referido, em 1995, foram revogados todos os dispositivos sobre os assentos, do CPC e do Código Civil (artigo 2º). A justificativa do legislador foi a de que “a normal autoridade e força persuasiva de decisão do Supremo Tribunal de Justiça, obtida no julgamento ampliado de revista, será perfeitamente suficiente para assegurar, em termos satisfatórios, a desejável unidade da jurisprudência, sem produzir o enquistamento ou cristalização das posições tomadas pelo Supremo”.

Surgiu, assim, ao invés dos assentos, um outro mecanismo de uniformização da jurisprudência, com o julgamento através da revista (chamado de julgamento ampliado).

E essa forma de julgamento é a que autoriza o Tribunal Supremo a rever sempre as decisões divergentes de outras e as que desrespeitem sua jurisprudência consolidada, nos termos do já referido artigo 678 (4 e 6). Jorge Augusto Pais de Amaral explica, sobre o atual procedimento de uniformização:

“A sua função específica é prevenir ou resolver conflitos entre decisões dos tribunais através da uniformização da jurisprudência (...).

O conflito jurisprudencial resulta do proferimento de decisões contraditórias, ou seja, de decisões opostas emitidas no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito (...).

⁵²³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. p. 378.

⁵²⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 810/93, publicado no Diário da República, segunda série, de 02/03/94.

A jurisprudência uniformizada não é vinculativa para quaisquer tribunais (fora do caso concreto, é evidente). Porém, o seu desrespeito pelas instâncias abre a possibilidade de recurso independentemente do valor da causa e da sucumbência da parte (...).⁵²⁵

Assim, não há a obrigação de observância do precedente (jurisprudência consolidada), mas o desrespeito leva à admissibilidade do recurso e à reforma da decisão.

A regra é o recebimento da revista somente no efeito devolutivo, só sendo cabível a concessão de efeito suspensivo nas ações sobre o estado da pessoa⁵²⁶. O prazo para interposição é de dez dias, a contar da notificação da decisão recorrida⁵²⁷. Ainda no tribunal *a quo*, o recurso é admitido ou rejeitado, bem como recebido no efeito somente devolutivo ou suspensivo. As alegações são oferecidas após esse despacho prévio, como na apelação, ainda no tribunal *a quo*⁵²⁸. No tribunal *ad quem*, o recurso ganha um relator que pode, também, como na apelação, indeferi-lo monocraticamente⁵²⁹. Em seguida, se não for o caso de decisão monocrática, será levado a julgamento.

Há uma semelhança muito grande com a sistemática brasileira, também quanto aos outros recursos.

O agravo será cabível por exclusão, quando não for caso de apelação. Manuel Leal-Henriques explica que o agravo é o recurso geral ou comum, “adoptado para combater decisões susceptíveis de impugnação que não assumam o carácter de decisões finais sobre o mérito da causa”⁵³⁰, ou seja, para atacar decisões que recaiam sobre pressupostos processuais ou ordenem o processo.

⁵²⁵ *Id.* pp. 379-380.

⁵²⁶ Art. 723. “O recurso de revista só tem efeito suspensivo em questões sobre o estado de pessoas.”

⁵²⁷ Art. 685.

⁵²⁸ Art. 724. “1 — À interposição, apresentação de alegações e expedição do recurso é aplicável o preceituado acerca do recurso de apelação, cabendo ao relator as funções cometidas ao juiz. 2 — Se o recurso for admitido no efeito suspensivo, pode o recorrido exigir a prestação de caução, sendo neste caso aplicáveis as disposições dos artigos 683 e seguintes; se o efeito for meramente devolutivo, pode o recorrido requerer, no prazo indicado no artigo 693, que se extraia traslado. O relator fixará o prazo para o traslado, que compreende o acórdão, salvo se o recorrido fizer, à sua custa, inserir outras peças.”

⁵²⁹ Art. 726. “São aplicáveis ao recurso de revista as disposições relativas ao julgamento da apelação interposta para a Relação, com excepção do que se estabelece no artigo 712 e no nº 1 do artigo 715 e salvo ainda o que vai prescrito nos artigos seguintes.”

⁵³⁰ HENRIQUES, Manuel Leal-. *Op. cit.* p. 103.

O agravo pode ser de primeira ou de segunda instância. Da primeira para a segunda, cabe das decisões suscetíveis de recurso de que não for cabível apelação⁵³¹, e pode ser recebido tanto no efeito devolutivo quanto no suspensivo⁵³². O prazo também é de dez dias e também passa por um juízo prévio no tribunal *a quo*, que pode admiti-lo ou não⁵³³. As alegações serão oferecidas quer tenha o agravo subida imediata ou diferida⁵³⁴ e o recurso subirá nos próprios autos ou em autos separados⁵³⁵. No tribunal *ad quem*, o agravo é distribuído, há, também, um juízo prévio de admissibilidade do relator e, depois, irá a julgamento.

O agravo em segunda instância tem regulamentação própria, sendo cabível de acórdãos da Relação de que não seja admissível revista ou apelação⁵³⁶, quando ocorrentes nulidades dos artigos 618 e 716 e violação de lei processual. A regra é o recebimento apenas no efeito devolutivo, salvo nas hipóteses dos artigos 758, nº 1, e 740, nº 2⁵³⁷. O prazo também é de dez dias, havendo um juízo prévio de admissibilidade no tribunal *a quo*, onde serão apresentadas as alegações. O agravo pode ter subida imediata ou não. No tribunal *ad quem*, o procedimento é semelhante ao da apelação⁵³⁸.

⁵³¹ Art. 733. “O agravo cabe das decisões, susceptíveis de recurso, de que não pode apelar-se.”

⁵³² Art. 740. “1 — Têm efeito suspensivo do processo os agravos que subam imediatamente nos próprios autos. 2 — Suspendem os efeitos da decisão recorrida, além dos referidos no número anterior: a) Os agravos interpostos de despachos que tenham aplicado multas; b) Os agravos de despachos que hajam condenado no cumprimento de obrigação pecuniária, garantida por depósito ou caução; c) Os agravos de decisões que tenham ordenado o cancelamento de qualquer registro; d) Os agravos a que o juiz fixar esse efeito; e) Todos os demais a que a lei atribuir expressamente o mesmo efeito.”

⁵³³ Art. 741. “No despacho que admita o recurso deve declarar-se se sobe ou não imediatamente e, no primeiro caso, se sobe nos próprios autos ou em separado, deve declarar-se ainda o efeito do recurso.”

⁵³⁴ Art. 735. “1 — Os agravos não incluídos no artigo anterior sobem com o primeiro recurso que, depois de eles serem interpostos, haja de subir imediatamente. 2 — Se não houver recurso da decisão que ponha termo ao processo, os agravos que deviam subir com esse recurso ficam sem efeito, salvo se tiverem interesse para o agravante independentemente daquela decisão. Neste caso, sobem depois de a decisão transitar em julgado, caso o agravante o requeira no prazo de 10 dias.”

⁵³⁵ Art. 736. “Sobem nos próprios autos os agravos interpostos das decisões que ponham termo ao processo no tribunal recorrido ou suspendam a instância e aqueles que apenas subam com os recursos dessas decisões.”

⁵³⁶ Art. 754. “1 — Cabe recurso de agravo para o Supremo Tribunal de Justiça do acórdão da Relação de que seja admissível recurso, salvo nos casos em que couber revista ou apelação.”

⁵³⁷ Art. 758. “1 — Têm efeito suspensivo os agravos que tiverem subido da 1ª instância nos próprios autos e aqueles a que se refere o nº 2 do artigo 740.”

⁵³⁸ Art. 749. “Ao julgamento do agravo são aplicáveis, na parte em que o puderem ser, nas disposições que regulam o julgamento da apelação, salvo o que vai prescrito nos artigos seguintes.”

Os recursos extraordinários, aqueles destinados a impugnar decisões já transitadas em julgado, são a oposição de terceiro⁵³⁹ e a revisão⁵⁴⁰. São semelhantes, no sistema brasileiro, à ação rescisória⁵⁴¹.

Quanto aos recursos nos tribunais constitucionais, cumpre destacar que a tradição portuguesa foi, até por inspiração da Constituição Brasileira de 1891, de controle difuso⁵⁴². Assim estava previsto na Carta Portuguesa de 1911 e de 1933. A atual Constituição, todavia, trouxe a previsão expressa de um órgão superior encarregado do controle concentrado — no período de 1976 a 1983, conhecida como a Comissão Constitucional, e, depois, o Tribunal Constitucional. A partir daí, passou-se a adotar um sistema misto de controle de constitucionalidade das leis, mesclando o sistema difuso com o sistema concentrado⁵⁴³.

O artigo 280⁵⁴⁴ da atual Constituição Portuguesa regula os recursos de constitucionalidade e de legalidade. Admitem-se recursos para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais, quando envolvidas questões relativas à

⁵³⁹ Art. 778. “1 — Quando o litígio assente sobre um acto simulado das partes e o tribunal não tenha feito uso do poder que lhe confere o artigo 668, por se não ter apercebido da fraude, pode a decisão final, depois do trânsito em julgado, ser impugnada mediante recurso de oposição do terceiro que com ela tenha sido prejudicado.”

⁵⁴⁰ Art. 771. “A decisão transitada em julgado só pode ser objecto de revisão nos seguintes casos: (...)”

⁵⁴¹ Não nos cabe, no presente trabalho, tratar especificamente do tema, por assemelharem-se não a recursos, segundo a sistemática brasileira, mas a ações.

⁵⁴² FERREIRA, Fernando Amâncio. *Op. cit.* p. 378.

⁵⁴³ Muitas críticas são feitas a esse modelo, entre as quais a de que o Tribunal Constitucional passou a ser considerado uma quarta instância de revisão.

⁵⁴⁴ Art. 280. “1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado; b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República; c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma; d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c).

3. Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do nº 1 e na alínea a) do nº 2 são obrigatórios para o Ministério Público.

4. Os recursos previstos na alínea b) do nº 1 e na alínea d) do nº 2 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

5. Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

6. Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, conforme os casos.”

constitucionalidade de uma norma ou quando não for aplicada norma com fundamento na sua ilegalidade. Não se objetiva rever erros de julgamento, mas a questão da constitucionalidade da norma ou de sua não-aplicação. J.J. Gomes Canotilho destaca que o objeto do recurso não é o mérito da questão, ou a decisão judicial em si mesma, “mas apenas a parte dessa decisão em que o juiz *a quo* recusou a aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou uma norma cuja constitucionalidade foi impugnada”.⁵⁴⁵

Interessante notar que a Constituição Portuguesa expressamente prevê o cabimento de recurso para o Tribunal Constitucional quando determinada norma deixar de ser aplicada ao fundamento de que é ilegal. A Corte Suprema tem, assim, a última palavra sobre as questões de legalidade. Fernando Amâncio Ferreira⁵⁴⁶ bem enumera os pressupostos do recurso de legalidade: (i) que o tribunal *a quo* aplique determinada norma, e (ii) que a norma aplicada tenha sido anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional. J.J. Gomes Canotilho, no mesmo sentido, ensina que também cabe recurso para o Tribunal Constitucional “contra decisões judiciais que recusem a aplicação de *normas legais ilegais* ou apliquem normas cujas ilegalidade foi incidentalmente excepcionada.”⁵⁴⁷

Mas o certo é que o Tribunal Constitucional Português, num ou noutro caso, tem a função essencial de guardião da Constituição, pois, segundo J.J. Gomes Canotilho, assim procedendo, garante a observância de normas constitucionais que têm conexão com relevantes questões político-constitucionais, como:

“(1) defesa das minorias perante a onnipotência da maioria parlamento-governo; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onnipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada às normas da Constituição pelos juízes constitucionais. Perante este cruzamento de questões político-

constitucionais, o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de ‘regulador’ e *determinador* da própria identidade cultural da República (Ebsen) e de controlador do ‘legislador mastodonte e da administração leviathan’ (Cappelletti).”⁵⁴⁸

Esses recursos de constitucionalidade e legalidade têm, por regra, efeito suspensivo⁵⁴⁹ e são decididos por uma das três seções do Tribunal. Recebido o processo, designa-se um relator que poderá julgá-lo, desde logo, sumariamente. Se não for o caso, levará a julgamento, após notificar o recorrente para apresentar suas alegações⁵⁵⁰. E se, por acaso, for proferida decisão contraditória de uma seção com outra, é cabível recurso para o pleno do Tribunal, que decidirá, definitivamente, a questão.

Por fim, válido notar que a República Portuguesa segue o princípio da unidade do Estado, o que explica a existência de recursos para o Tribunal Constitucional e para o Supremo Tribunal de Justiça, com o intuito de manter o respeito à legislação,

⁵⁴⁸ *Id.* p. 675.

⁵⁴⁹ Art. 78, da Lei do Tribunal Constitucional Português (Lei 28/82): “1. O recurso interposto de decisão que não admita outro, por razões de valor ou alçada, tem os efeitos e o regime de subida do recurso que no caso caberia se o valor ou a alçada o permitissem. 2. O recurso interposto de decisão da qual coubesse recurso ordinário, não interposto ou declarado extinto, tem os efeitos e o regime de subida deste recurso. 3. O recurso interposto de decisão proferida já em fase de recurso mantém os efeitos e o regime de subida do recurso anterior, salvo no caso de ser aplicável o disposto no número anterior. 4. Nos restantes casos, o recurso tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos. 5. Quando, por aplicação das regras dos números anteriores, ao recurso couber efeito suspensivo, o Tribunal, em conferência, pode, oficiosamente e a título excepcional, fixar-lhe efeito meramente devolutivo, se, com isso, não afectar a utilidade da decisão a proferir.”

⁵⁵⁰ Art. 78-A, da Lei do Tribunal Constitucional (Lei 28/82): “1. Se entender que não poder conhecer-se do objecto do recurso ou que a questão a decidir é simples, designadamente por a mesma já ter sido objecto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, o relator profere decisão sumária, que pode consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal. 2. O disposto no número anterior é aplicável quando o recorrente, depois de notificado nos termos dos n.ºs 5 ou 6 do artigo 75º-A, não indique integralmente os elementos exigidos pelos seus n.ºs 1 a 4. 3. Da decisão sumária do relator pode reclamar-se para a conferência, a qual é constituída pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente, pelo relator e por outro juiz da respectiva secção, indicado pelo pleno da secção em cada ano judicial. 4. A conferência decide definitivamente as reclamações, quando houver unanimidade dos juizes intervenientes, cabendo essa decisão ao pleno da secção quando não haja unanimidade. 5. Quando não deva aplicar-se o disposto no n.º 1 e, bem assim, quando a conferência ou o pleno da secção decidam que deve conhecer-se do objecto do recurso ou ordenem o respectivo prosseguimento, o relator manda notificar o recorrente para apresentar alegações.

Art. 78-B. “1. Compete ainda aos relatores julgar desertos os recursos, declarar a suspensão da instância quando imposta por lei, admitir a desistência do recurso, corrigir o efeito atribuído à sua interposição, convidar as partes a aperfeiçoar as conclusões das respectivas alegações, ordenar ou recusar a junção de documentos e pareceres, julgar extinta a instância por causa diversa do julgamento, julgar os incidentes suscitados, mandar baixar os autos para conhecimento de questões de que possa resultar a inutilidade superveniente do recurso, bem como os demais poderes previstos na lei e no regimento do Tribunal. 2. Das decisões dos relatores pode reclamar-se para a conferência, nos termos do n.º 3 do artigo 78º-A, aplicando-se igualmente o n.º 4 da mesma disposição.”

em especial, à Constituição. J.J. Gomes Canotilho bem enumera as características do Estado Unitário Português:

“(1) existe uma organização política e jurídica — o Estado — à qual se imputa em termos exclusivos a totalidade das competências tipicamente estatais (ex: representação externa, defesa, justiça); (2) conseqüentemente, existe uma só *soberania* interna e externa, não existindo outras organizações soberanas colocadas em posição de equiordenação (confederação) ou em posição de diferenciação (estado membro de um estado federal); (3) da unitariedade do Estado resulta a *imediaticidade* das relações jurídicas entre o poder central e os cidadãos (não existem ‘corpos intermediários’ a servir de ‘écran’ entre o Estado e os cidadãos); (4) do carácter unitário deriva ainda a idéia de *indivisibilidade* territorial. Em suma: unidade do Estado significa República *una*, com uma *única Constituição* e órgãos de soberania únicos para todo o território nacional.”⁵⁵¹

Nota-se a clara semelhança entre a sistemática recursal brasileira e a portuguesa, assim como uma preocupação com a observância das decisões das Cortes Superiores.

Na origem do sistema recursal português, já havia a possibilidade de revisão extraordinária das decisões (revista), inclusive com a intenção de pacificar e evitar divergências jurisprudenciais. Também, ainda nas Ordenações, vê-se a preocupação com o registro das decisões das Cortes Superiores, para possibilitar fossem seguidas em julgamentos futuros.

Em determinado momento, os *assentos* passaram até a ser obrigatórios, como um sistema de precedentes da *common law*, mas a legislação acabou com essa possibilidade, preferindo um sistema de cabimento de recurso para reforma das decisões discrepantes de outras e em desconformidade com a de Corte Superior.

O exemplo português desse ensaio de obrigatoriedade de cumprimento dos precedentes e de substituição pelo (sempre) cabível recurso por divergência bem reflete a distinção entre a *common law* e a *civil law*. Preferiu-se, pela sistemática dos países dessa última família, manter a carga dos Tribunais apenas a interpretação (não-

⁵⁵¹ *Op. cit.* p. 357.

vinculativa) das leis emanadas dos outros Poderes, sem atribuir eficácia normativa a *assentos*, decisões ou precedentes. Por outro lado, a preocupação com a uniformidade jurisprudencial é bem refletida no cabimento atual dos recursos para os Tribunais.

Mônica Sifuentes bem sintetiza o atual estágio da legislação portuguesa, ao extinguir os *assentos* e instituir mecanismo outro de pacificar a jurisprudência no âmbito de Tribunal Superior:

“A extinção dos assentos em Portugal foi, desse modo, uma opção do legislador que dificilmente contribuirá para resolver o problema da uniformização jurisprudencial. A história fornece exemplos paradigmáticos. Poderiam bem ter sido mantidos, estabelecendo-se mecanismos para a sua revisão, pelo próprio Supremo. Mas não se fez assim. Parece que se está a dar voltas...”⁵⁵²

3.2.3. As normas jurídicas, sua interpretação e a jurisprudência

3.2.3.1. As normas jurídicas — regras e princípios

De início, mister seja feita a distinção entre normas, regras, princípios e lei. Eros Roberto Grau traz interessante e elucidativo exemplo, que merece ser referido, como início da explanação⁵⁵³.

Destaque-se que a relevância do trato da matéria está no fato de que a segurança jurídica é um princípio resguardado, no ordenamento pátrio, também por regras, o que bem ilustra a preocupação com a estabilidade das decisões judiciais.

Na Bélgica, durante a 1ª Guerra Mundial, tendo em vista a invasão pela Alemanha, o Rei estava isolado fora do país e legislando sozinho, já que o próprio Parlamento estava fechado. A constitucionalidade dos atos legislativos do Rei chegou a ser questionada. A favor da constitucionalidade, argumentou-se que deveriam prevalecer os seguintes princípios: — a Constituição restaria superada por princípios de

⁵⁵² *Op. cit.* p. 227.

⁵⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação-Aplicação do Direito*. p. 132.

Direito público — a soberania jamais esteve suspensa —, toda nação deve ter um governo, — não há governo sem lei. A Corte de Cassação sufragou esse entendimento.

Dessa situação limite advém que um sistema⁵⁵⁴ ou ordenamento jurídico não será jamais integrado somente por regras. Há, também, princípios de direito ou jurídicos que podem, inclusive, não estar enunciados em textos de direito positivo, que desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do Direito.

Segundo Wrobléwski⁵⁵⁵, esses princípios seriam palavras ou construções que servem de base ao Direito como fonte de sua criação, aplicação ou interpretação.

Jeammaud descreve esses princípios gerais de direito como as proposições descritivas pelas quais os juristas referem o conteúdo e as tendências do direito positivo. Ainda não são positivados, mas podem ser formulados pela jurisprudência e doutrina⁵⁵⁶.

Robert Alexy fala dos princípios como as proposições normativas de um nível de generalidade que, por isso, não são utilizadas “diretamente para fundamentar uma decisão”⁵⁵⁷, sendo necessárias premissas fáticas adicionais.

Por outro lado, haveria os princípios jurídicos que constituem regras jurídicas ou princípios positivados — são os que pertencem à linguagem do direito (são positivados).

E a inserção dos princípios na Constituição causa uma hierarquização, no sentido de que a interpretação das regras constitucionais fica determinada por esses princípios. Entre os positivados, Jeammaud divide os princípios em fundamentais e princípios-norma com valor constitucional (já descobertos).

Os princípios gerais de direito podem vir a ser positivados — pelo resgate no universo do direito natural, ou pelo descobrimento no direito positivo (escolher essa alternativa leva à conclusão que não existe discricionariedade judicial, nem aplicação da norma jurídica, mas do direito objetivo).

⁵⁵⁴ A expressão sistema jurídico está sendo utilizada como conjunto de normas que regem determinada sociedade. Não se pretende adentrar o estudo do conceito de sistema na ciência do direito, muito bem tratado por Claus — Wilhelm Canaris (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*).

⁵⁵⁵ *Apud* Eros Grau. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação-Aplicação do Direito*. p. 137.

⁵⁵⁶ *Id.* p. 138.

⁵⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. p. 238.

Os princípios gerais encontram-se em estado de latência e não estão enunciados, mas estão contemplados no ordenamento. Segundo Eros Grau⁵⁵⁸, eles repousam no direito pressuposto que corresponde a cada direito posto e daí podem ser resgatados.

Mas cada ordenamento não contempla todos os princípios gerais. Determinado ordenamento contempla determinados princípios, outro ordenamento, outros princípios.

A expressão pode ser analisada em dois sentidos — o primeiro (mais amplo) relacionado ao Direito em geral, e o segundo mais técnico relacionado à parcela dos princípios gerais que são contemplados (muito embora não expressos) por determinado ordenamento jurídico.

É interessante observar como surgem esses princípios. Apesar de relacionados, eles não nascem do direito objetivo, das regras. Eles surgem dos próprios valores da sociedade e até inspiram o legislador e orientam na interpretação das regras. No seu reconhecimento, também, não se pode omitir o papel da doutrina, que os elabora e estuda.

Eros Grau⁵⁵⁹ ressalta, ainda, que os princípios gerais do direito (que repousam em estado de latência no direito pressuposto sob cada direito posto), ao lado dos princípios jurídicos positivados, integram o direito positivo. Conseqüências:

- há em cada direito princípios diversos daqueles que jazem latentes em outros direitos;
- não há discricionariedade judicial (no caso das lacunas legislativas, por exemplo, são tomadas decisões vinculadas aos princípios gerais que não são estranhos ao sistema);
- aplica-se sempre o direito, não regras ou princípios isolados;
- as regras, em geral, trazem no seu conteúdo idéias e objetivos constantes dos princípios gerais;
- não se verifica antinomia entre regras e princípios (as regras são afastadas, embora permaneçam integradas ao ordenamento jurídico).

⁵⁵⁸ *Id.* p. 144.

⁵⁵⁹ *Id.* p. 151.

Os princípios positivados podem ser confundidos muitas vezes com as regras. Por isso é importante fazer a distinção.

Segundo as lições de Ronald Dworkin, é possível adotar um critério de distinção lógica entre os princípios e as regras jurídicas. Aqueles não se aplicam automática e necessariamente quando as condições se realizam, podendo vir a ser desconsiderados ou mitigados. Por outro lado, as regras são aplicáveis por completo ou não. Uma vez preenchidos os pressupostos de fato ao qual ela se refere (*tatbestand*), ela deve ser aplicada. Nas suas palavras:

“As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”⁵⁶⁰

Desse critério de distinção, deriva outro, o da dimensão do peso ou importância. Os princípios possuem, as regras não. Se duas regras entram em conflito (antinomia), uma não é válida, e vai-se escolher qual deve ser abandonada ou reformulada recorrendo a considerações que estão além das próprias regras, externas (por exemplo, a mais recente ou a mais específica). Até por isso, as regras devem ter linguagem e textura mais abertas, pois não se visualiza quando de sua elaboração todas as hipóteses em que é aplicável.

Os princípios, por sua vez, têm a dimensão do peso ou importância, podendo ser mitigados em determinadas situações. Segundo Dworkin:

“Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p. 39.

de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.”⁵⁶¹

As normas representam determinada situação objetiva, hipotética, enunciando hipótese que produz conseqüências jurídicas. Tanto os princípios positivados como as regras jurídicas reproduzem essa estrutura de norma (que traz, dentro de si, um determinado valor que reflete, em tese, a vontade da sociedade, já positivado ou não).

E os princípios gerais do direito, que não estão expressamente enunciados em textos normativos escritos, também são espécies de normas jurídicas.

Portanto, as normas dividem-se em regras e princípios. A “lei” é a expressão ou de uma regra ou de um princípio positivado.

3.2.3.2. A interpretação na *civil law*

A principal fonte do Direito nos países da *civil law* é a lei. A partir do direito posto legislado, os magistrados, passando pelo processo da interpretação, aplicam as normas gerais e abstratas ao caso concreto.

Logicamente, consoante já se anotou brevemente, a aplicação das normas legisladas não importa em uma submissão completa e total do magistrado, que tem, sim, certa margem para, sem fugir dos limites da norma, aproximá-la da realidade social.

Ao lado da legislação, há, também, até por expressa disposição legal, no caso do Brasil (artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil e 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho), outras fontes do Direito, também primárias ou imediatas⁵⁶², como os costumes, os princípios gerais do direito, o direito estrangeiro e a equidade.

Mas o certo é que a legislação sempre ocupou lugar de destaque nos países do sistema romano-germânico, por razões históricas, como visto, em especial porque, em determinado momento do desenvolvimento da *civil law*, sentiu-se a necessidade de um aparato normativo que regulasse e trouxesse estabilidade às relações

⁵⁶¹ *Id.* pp. 42-43.

⁵⁶² Secundárias são a jurisprudência e a doutrina (que não necessariamente vinculam e aplicam-se). Dese pensar, também GLENDON, GORDON E CAROZZA (*Op. Cit.* pp. 126 e segs.).

sociais. E a figura do soberano ligada à atividade legislativa teve um papel de muito destaque, incrementando a produção de normas.

O movimento codificador também teve papel marcante na afirmação da legislação, por representar o auge da valorização do direito legislado e por facilitar a utilização e difusão das normas pelo país.

Certo que as normas devem ser interpretadas, cumpre destacar que a aplicação do Direito consiste, a grosso modo, em enquadrar um caso concreto na previsão de uma norma jurídica — é submeter à lei uma relação da vida real. Para isso, é necessário analisar o conteúdo e o alcance da norma, a hipótese real e suas circunstâncias e a adaptação do preceito à situação.

Na adaptação do preceito ao caso concreto é que surge a necessidade de interpretar. Segundo Carlos Maximiliano, tecnicamente, a adaptação pressupõe a Crítica (quanto à autenticidade e constitucionalidade da lei), a interpretação (para descobrir o alcance e o sentido do texto), o suprimento das lacunas (integração — com a analogia ou os princípios gerais do direito) o exame das questões de espaço e tempo⁵⁶³.

Interpretar, portanto, é explicar, dar significado ao texto. E a aplicação é o momento final do processo interpretativo.

E, no Direito, há essa necessidade de interpretar, de dar significado à norma jurídica, porque é um campo no qual se lida com valores. Não é possível, como já se pretendeu, aplicar as regras das ciências exatas, em que o raciocínio é meramente formal, a um campo no qual não existem verdades absolutas e univocidade de signos.

Chaïm Perelman bem constatou que, ainda que se pretenda utilizar a noção de justiça formal, segundo a qual é justo tratar de maneira igual situações semelhantes, seria preciso decidir se uma situação nova é ou não é essencialmente semelhante à outra que poderia servir de precedente, e, para tanto, deve-se recorrer a um juízo de valor, pois cumpre declarar se as diferenças que distinguem os dois casos são ou não negligenciáveis.⁵⁶⁴

⁵⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. p. 8.

⁵⁶⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. *Direito* pp. 306 e segs. Vide, ainda, nosso *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea — Tópica e Retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman*. p. 139.

Não há, assim, como prescindir da teoria dos valores, no Direito, o que torna complexa a arte de interpretar e aplicar as normas complexas, nem do estabelecimento de regras e métodos de interpretação.

A teoria da demonstração não é suficiente, em se tratando de Direito, devendo ser complementada pela da argumentação — que é a atividade do Direito. E a retórica, que é a arte de persuadir, por meio de discurso, dirigido a um auditório, tem papel fundamental no Direito e na lógica jurídica.

A lógica é a ciência que estuda o raciocínio, que pode ser analítico ou dialético.

Os raciocínios analíticos partem de premissas necessárias, ou ao menos indubitavelmente verdadeiras, acarretando conclusões igualmente necessárias e válidas. Neles, transmite-se à conclusão a verdade e a necessidade das premissas. Se o raciocínio foi devidamente realizado, é impossível que a conclusão seja falsa.

Para Aristóteles, o padrão do raciocínio analítico era o silogismo (Se A é igual a C, e B é igual a C, então A é igual a B). A validade da conclusão não depende da matéria sobre a qual é exercido o raciocínio, pois é a própria forma do raciocínio que garante a validade.

A passagem das premissas à conclusão é obrigatória no silogismo, próprio das demonstrações científicas.

Ao contrário, o raciocínio dialético refere-se às deliberações e controvérsias. Dizem respeito, segundo Perelman, “aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes.”⁵⁶⁵

O silogismo dialético é chamado de entinema. E as premissas nas quais se fundamenta o raciocínio não são verdades absolutas, mas apenas verossímeis ou plausíveis.

No raciocínio dialético, a conclusão, que não é obrigatória, é uma decisão, que “supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.”⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. p. 2.

⁵⁶⁶ *Id.* p. 3.

No campo do Direito, no qual se utiliza o raciocínio jurídico, que é dialético, há desacordos, controvérsias, não há certeza absoluta. Não se parte de premissas certas, mas de premissas plausíveis que levam a decisões. Daí porque ele é relativo. Não se pode, portanto, aplicar os métodos de silogismo da lógica formal tradicional, porque não estaria garantido o valor da conclusão.

Portanto, no Direito, onde há valores, não há certezas e verdades absolutas, não se aplica a lógica pura na sua aplicação, mas a argumentação. Por isso, que a atividade interpretativa é complexa.

Nesse ponto, interessante abrir um parênteses sobre o positivismo⁵⁶⁷. Isso porque a busca de uma ciência neutra marcou a ciência do Direito na modernidade. Desenvolveram-se o ceticismo positivista e o racionalismo dogmático.

O ceticismo positivista apresentava uma concepção supostamente avaliativa do Direito. E o racionalismo dogmático consubstanciou-se, por exemplo, no jusnaturalismo moderno e na Jurisprudência dos Conceitos — construção do ordenamento jurídico a partir de premissas indiscutíveis, consideradas *essências* do Direito.

A Jurisprudência dos Conceitos, por exemplo, que teve em Putcha um de seus expoentes, concebia a ciência jurídica como um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos. Segundo Karl Larenz, o que Putcha designou por genealogia dos conceitos, “não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal”⁵⁶⁸.

Até o final do século XIX, pode-se falar que, como vertente do positivismo jurídico, predominou a Escola da Exegese.

Para esta Escola, o Direito reduzia-se à lei, de modo mais particular, o Direito Civil ao Código Napoleão. Era fiel à doutrina da separação dos poderes, e os Tribunais deveriam determinar os fatos aos quais seria atribuída consequência jurídica.

O raciocínio realizado pelo magistrado partia de uma premissa maior (regra de direito), de uma menor (constatação do preenchimento das condições previstas

⁵⁶⁷ Apesar de o positivismo ser mais tratado como marca do desenvolvimento da *civil law*, no direito inglês, ele foi, também, trabalhado. Ocorre que, em razão da força da *common law* sobre o direito estatutário, o espaço para a afirmação dos ideais positivistas ficou reduzido. Basta notar as contribuições positivistas dos estudos (e conseqüentes críticas à *common law*) de Jeremy Bentham (em especial no que toca à codificação) e de John Austin.

⁵⁶⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 24.

na regra) e a decisão era proferida pelo silogismo da conclusão. O Direito aproximava-se, dessa forma, a um cálculo matemático.

O objetivo maior, da redução legalista, era a segurança jurídica, até justificável, na medida em que se desejava coibir os abusos da Justiça do Antigo Regime. A partir do momento em que é previsível a conduta e a decisão do juiz, fecham-se as portas para a arbitrariedade.

Ocorre que, para realizar esse sistema de aplicação do Direito, como um sistema formal, todas as propriedades deste deveriam estar presentes, como a certeza e a univocidade dos signos e das regras de demonstração, pois, para cada caso, deveria haver uma regra de direito aplicável, que fosse única e isenta de ambigüidade.

O direito objetivo era tido como completo, sem lacunas, sem antinomias, sem ambigüidades e coerente. Note-se o artigo 4º do Código Napoleão, segundo o qual o juiz não poderia se eximir de decidir ao pretexto de que a lei era obscura ou insuficiente.

Mas não existe um sistema perfeito, sem falhas. Como deveria proceder, então, um juiz, segundo a concepção exegética, frente a uma lacuna da lei — problema que surge com o princípio da separação dos poderes?

Os axiomas nos quais os exegetas fundavam sua dedução são racionais, válidos sempre e em todo lugar.

Essas concepções avalorativas do Direito, que o concebiam como um sistema fechado, apesar de, à época, serem importantes para a afirmação do Direito como ciência, mostraram-se insuficientes, diante da realidade social.

A partir da segunda metade do século XIX, com influência da Escola Histórica, surgiu a concepção teleológica, funcional e sociológica, para a qual o Direito não era um sistema fechado, que os juízes aplicavam utilizando métodos dedutivos, mas um meio de que se vale o legislador para atingir seus fins e promover certos valores. Savigny, expoente da Escola, defendia que o Direito não é uma idéia da razão, mas um produto da história, que nasce e se desenvolve na história, como fenômeno social que varia no tempo.

Os juízes deveriam, segundo o filósofo Chaïm Perelman, “remontar do texto à intenção que guiou sua redação, à vontade do legislador, e interpretar o texto em

conformidade com essa vontade. Pois o que conta, acima de tudo, é o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei”.⁵⁶⁹

Ainda nas concepções positivistas, cumpre destacar o positivismo de Hans Kelsen, que pretendia um sistema dinâmico hierarquizado de normas, no qual a norma inferior não era simplesmente deduzida da norma superior, mas criada em decorrência de autorização concedida por autoridade competente, executiva, legislativa ou judiciária, devendo submeter-se aos limites fixados pela norma superior. E a eficácia do sistema dependia da observância e adesão a uma norma fundamental — *Grundnorm*.

Kelsen esforçou-se para constituir uma ciência do Direito livre de ideologias, de valores, de tudo o que fosse alheio ao Direito propriamente dito.

Como tentativa de superar os modelos positivistas da Escola da Exegese e Histórica, que limitam o papel do intérprete, surgiram outras concepções, que atribuem papel mais criador ao intérprete.

Ihering, ainda no século XIX, deu início a uma mudança no pensamento metodológico do Direito, da Jurisprudência dos Conceitos para uma Jurisprudência pragmática, ponto de partida para a Jurisprudência dos Interesses, que, em suma, segundo Karl Larenz, ao invés de adotar a orientação que concebia o ordenamento como um sistema fechado de conceitos, ao qual se aplicavam os métodos lógico-formais, tende “para o primado da indagação da vida e da valoração da vida.”⁵⁷⁰ Não obstante, permanecia a prevalência da dogmática jurídica.

Somente no século XX, notadamente no pós-guerra, observou-se uma reação mais forte a essas posturas de racionalidade teórica e dogmática. Exemplo, principalmente na América Latina, é o culturalismo jurídico, que dá ênfase aos valores e propõe o estudo do Direito através do método empírico-dialético.

Na Europa, por sua vez, no mesmo contexto, desenvolvem-se idéias como as de Perelman e de Viehweg⁵⁷¹. E aí, costuma-se falar em uma nova fase do

⁵⁶⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. p. 71.

⁵⁷⁰ LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 64.

⁵⁷¹ A pretensão dos culturalistas, entretanto, é mais ampla, buscando uma nova visão do Direito como um todo, enquanto que Perelman procura estabelecer os parâmetros de uma lógica que trabalha com valores. As duas correntes têm esse ponto em comum, que é a reação ao positivismo, mas têm objetos distintos — o de Perelman é mais limitado, trabalha com a lógica jurídica decisória. Ao invés de propor um método diferente, ele propõe uma nova postura para o jurista, que não pode ser um mero aplicador das normas. O Direito, para ele, serve para resolver casos concretos. Em outra oportunidade, em co-autoria, tratamos do tema — *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea — a Tópica e a Retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman*.

Direito e do raciocínio jurídico, que reage à soberania do legislador e significa uma volta em termos ao direito natural racionalista que dominou os séculos XVII e XVIII, como visto. Segundo Perelman:

“Essa reação perante a soberania do legislador, antes incontestada, significa o renascimento do direito natural, a volta à jurisprudência universal que dominou os séculos XVII e XVIII? Certamente não, na medida em que o direito natural racionalista acreditava poder formular princípios unívocos de alcance universal. Mas, certamente sim, se se trata de rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor.”⁵⁷²

Destaca-se a chamada Escola Livre do Direito, desenvolvida principalmente por Geny e Ehrlich, que defendiam a fidelidade à lei, mas, havendo lacunas, seja pela falta de previsão legal, seja pela distância entre o tempo da elaboração da lei e o de sua aplicação, o intérprete poderia ir além. Há uma liberdade criativa, mas limitada e relativa. Não havendo disposição escrita ou costumeira, o juiz poderia criar o Direito. Manuel de Andrade traz interessante passagem de Geny:

“Sem se desconhecer absolutamente a função prática da lei escrita. Porque, como manter a segurança que é o seu efeito essencial e necessário, se o quadro que rodeia a lei, e necessariamente lhe precisa as disposições, tem de variar e, por assim dizer, de se deformar segundo o tempo em que a lei é aplicada? E uma vez que nos afastemos da época muito precisa que viu nascer a lei, em que momentos nos havemos de deter para a interpretarmos? Iremos escolher o tempo em que se passou o facto jurídico a regular? Mas esse momento será sempre suficientemente determinado? Ou acharemos então preferível atermo-nos ao momento da aplicação propriamente dita da lei, isto é, ao tempo do julgamento? Esta solução, a única aceitável, de facto, porque só ela é bastante precisa, levaria com freqüência a desconhecer os direitos adquiridos pelas partes, designadamente todas as vezes que se tratasse daquelas leis, em larga medida as mais numerosas na esfera privada, que,

⁵⁷² PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. pp. 95-96.

alheias a toda a consideração dum interesse social superior ao indivíduo, só consagram, em definitivo, presunções e complementos de vontade, em proveito dos interessados. Seguramente, pode-se exigir que estes encarem a lei, em vista da qual tratam, segundo as idéias reinantes no tempo da sua promulgação. Mas como poderiam eles esperar uma interpretação cujos dados essenciais dependessem do momento imprevisto e incerto em que a sua relação de direito acaso venha a ser submetida à apreciação dos tribunais? Aplicar-lhes uma lei interpretada assim, não seria porventura desconhecer o que há, verdadeiramente, de mais racional e de mais eqüitativo na teoria da não retroactividade das leis?”⁵⁷³

Com o desenvolvimento dessa Escola, surgiram expoentes mais radicais, como Kantorowicz, que defendiam que o magistrado deveria buscar o Direito dentro ou fora da lei, decidindo inclusive contra a lei. Pregavam que o magistrado poderia desprezar a lei e agir à margem dela, inspirando-se nos dados sociológicos e buscando o ideal de justiça. O ponto de partida do juiz não seria, portanto, a lei, mas um ideal maior de justiça.

Contra essa teoria, argumenta-se principalmente que haveria até uma ruptura na doutrina da separação dos poderes tradicional, e que o juiz criaria uma regra para o caso concreto, não para o futuro, o que contraria o próprio sistema, de inspiração romano-germânica. E, mesmo na *common law*, o juiz não está solto, inspirando-se em regras de eqüidade, em precedentes, etc. A segurança jurídica, essencial às relações sociais, poderia resultar comprometida.

Segundo Chaïm Perelman:

“Para constituir uma ciência do direito tal como ele é, e não tal como deveria ser, é preciso, ao que me parece, renunciar ao positivismo jurídico, tal como é concebido por Kelsen, para se consagrar a uma análise detalhada do direito positivo, tal como se manifesta efetivamente na vida individual e social e, mais particularmente, nas cortes e tribunais. Esta revela,

⁵⁷³ ANDRADE, Manuel de. *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*. p. 92. in FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*.

de fato, que o dualismo kelseniano não corresponde nem à metodologia jurídica nem à prática judiciária.”⁵⁷⁴

Apesar de não tratarem especificamente da interpretação das leis, merecem referência, ainda que de forma sucinta, a *Tópica*, de Theodor Viehweg, e a *Retórica*, de Chaïm Perelman, por representarem concepções atuais do raciocínio jurídico⁵⁷⁵.

Um sistema de Direito não é formal e impessoal como um sistema axiomático ou lógico, pois envolve vontades e valores. Há situações às quais o sistema não dá respostas prontas e desprovidas de ambigüidades, nas quais prevalece o poder de decisão concedido ao juiz, que deve sustentar e argumentar a posição escolhida. E quanto mais vagos forem os termos da lei, maior o poder e a atividade, inclusive interpretativa, do juiz.

A visão sociológica do Direito, como um fenômeno natural, alheio à vontade e aspirações atuais do homem, e a teoria pura do direito, que recusa qualquer juízo de valor, como se justiça e equidade fossem estranhas ao direito, não atendem à realidade do julgador e da sociedade, já que no Direito há valores que devem ser considerados e estudados.

Como deve, então, agir o juiz? Desprender-se da lei e julgar segundo critérios subjetivos? Ou deve ater-se sempre à letra da lei, fruto da atividade do Estado, mesmo que contrária aos interesses da sociedade?

Se escolhida a primeira alternativa, há margem a arbitrariedades, pois o que é justo para um não é justo para outro e, ao menos em tese, a intenção do legislador corresponde à vontade da sociedade. Uma solução no sentido da primazia da lei, por outro lado, independentemente das conseqüências que possa causar e da realidade social, também é perigosa.

O juiz deve, então, já que o Direito é complexo, não totalmente objetivo, porque lida com valores, utilizar-se, segundo Perelman, de técnicas argumentativas, que possibilitem lidar com os valores, com a realidade social e com a lei. E há uma série de

⁵⁷⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. *Direito*. p. 477.

⁵⁷⁵ Especificamente sobre Theodor Viehweg e Chaïm Perelman vide nosso, em co-autoria, PONTES, Kassius Diniz da Silva. *O Raciocínio Jurídico na Filosofia Contemporânea — Tópica e Retórica no Pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman*.

recursos que possibilitam a adaptação do direito à realidade, como as ficções jurídicas, presunções, princípios gerais do direito e lacunas da lei.

Perelman defende, ainda, que não se deve buscar na norma a intenção do legislador antigo, mas a do atual. Deve pensar o que este pretenderia se tivesse feito aquela lei, adaptando-a aos princípios atuais da sociedade.

A Tópica, de Theodor Viehweg, é uma forma de pensamento que se orienta para o problema, ou seja, todas as linhas de raciocínio, todas as valorizações de argumentos, etc. têm como ponto inicial e final o problema formulado. Deve-se, diante de um problema, analisar tudo a ele relacionado, os argumentos, os *topoi* (ou pontos de vista), os valores, as normas, e, então, chegar-se a uma decisão, não se podendo falar em um único método pronto para resolver problemas, apriorístico.

Por oportuno, cumpre referir que, apesar de relevantes, as idéias da Tópica (que se liga à Retórica) não são imunes a críticas, como as de Canaris, que as reputa um tanto quanto indeterminadas. Nas suas palavras:

“No entanto ainda não se disse o mínimo sobre a aplicabilidade da tópica na Ciência do Direito. Só a partir de agora se levanta a questão decisiva de porque devem ser competentes os ‘pontos de vista’ casualmente captados e qual de estes tópicos com freqüência contraditórios entre si, recebe a primazia perante os restantes.”⁵⁷⁶

Também os estudos do constitucionalista alemão Peter Häberle merecem referência por aplicáveis à interpretação das normas. Ele centraliza o problema nos intérpretes e no fato de ater-se, sempre, à realidade (constitucional).

No processo constitucional, não só os intérpretes legitimados, os juízes (concepção de sociedade fechada), podem participar do procedimento interpretativo, mas os cidadãos e grupos sociais (sociedade aberta). Isso porque todos os que vivem uma norma acabam por interpretá-la ou, ao menos, co-interpretá-la. Nas palavras do festejado professor alemão:

“A análise até aqui desenvolvida demonstra que a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista

teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como o partido político que propõe um conflito entre órgãos ou contra o qual se instaura um processo de proibição de funcionamento. Até pouco tempo imperava a idéia de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo. Tinha-se, pois, uma fixação da interpretação constitucional nos ‘órgãos oficiais’, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que se não reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo. A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.”⁵⁷⁷

Todos, no dia-a-dia, interpretam a norma, até, e principalmente, a opinião pública e isso pode interferir naquela que os intérpretes legítimos darão à norma. Da mesma forma, os políticos sofrem influência da concepção de determinada norma predominante na sociedade, que é atribuída pelos cidadãos e grupos sociais.

O destinatário da norma é, portanto, participante ativo no processo de interpretação, até porque muitas normas não são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, e ficam sendo interpretadas diuturnamente pela sociedade. A própria conformação à norma é uma atividade interpretativa.

Em síntese das lições de Peter Häberle, pode-se concluir que toda a sociedade, não só os intérpretes estatais qualificados, participa do processo interpretativo, no cotidiano, na forma como entende deva ser cumprido um dispositivo. E as Cortes, quando forem interpretar as normas, levarão, ainda que inconscientemente, em conta a visão e a importância que a sociedade dá a determinada norma.

⁵⁷⁶ *Op. cit.* p. 258.

⁵⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional — A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. pp. 23/24.

Há uma relação inseparável entre a interpretação de um texto e o pensamento da sociedade sobre ele, a revelar, por mais esse motivo, que, na tarefa interpretativa, os intérpretes qualificados não podem perder de vista a realidade social apegando-se a métodos lógicos e gramaticais.

Merece referência também o trabalho do também constitucionalista Konrad Hesse⁵⁷⁸, que traz lições importantes à interpretação do Direito em geral. Segundo ele, os métodos tradicionais são insuficientes porque limitados. Buscam uma vontade objetiva, desvinculada do legislador — sistemática ou teleológica —, ou subjetiva, ligada ao legislador, à história, que não dão certeza acerca da vontade real da norma.

Se a Constituição, v.g., não contém critérios unívocos, ela própria e o constituinte não deliberaram sobre a correta interpretação da norma. Assim, qualquer interpretação que se dê não atende à vontade real, mas a uma vontade no máximo presumida e fictícia. Isso significa, para Hesse, querer assimilar o que não preexiste realmente.

Em síntese, para ele, a interpretação constitucional é concretização. Por ela, atribui-se à norma, que não tem um sentido unívoco, um sentido relacionado à realidade. A interpretação tem, portanto, caráter criador, ou seja, o conteúdo da norma só é concluído quando o intérprete lhe atribui determinado sentido. Ainda assim, a atividade interpretativa permanece ligada à norma.

Hesse reconhece, ademais, que a interpretação pressupõe uma pré-compreensão do intérprete, tanto da norma como do caso concreto, porque não pode ele compreender o conteúdo da norma fora da sua existência histórica. E esses pontos são fundamentais no pensamento do professor alemão — a concretização é determinada pelo que está sendo interpretado, pelo problema concreto⁵⁷⁹. Em suas palavras:

“A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema concreto a ser resolvido, cada vez, significa, negativamente, que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores, positivamente, que o procedimento de

⁵⁷⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. pp. 57 e segs.

⁵⁷⁹ É uma visão, de certa forma, tópica.

concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela Constituição e pelo problema respectivo.”⁵⁸⁰

E os limites do intérprete estão distantes, onde terminam as possibilidades de uma compreensão conveniente do texto da norma ou onde a resolução entra em contradição unívoca com ele. A interpretação está, assim, sempre ligada à realidade.

Quanto à pré-compreensão do intérprete, interessante notar que justifica a possibilidade de haver várias interpretações possíveis e até plausíveis, e não apenas uma, de determinada norma⁵⁸¹.

Todavia, a pré-compreensão não pode ser confundida com as hipóteses em que o intérprete parte de resultados preconcebidos, que deseja obter, e distorce a interpretação da norma, para atender a seus interesses. Inocêncio Mártires Coelho bem nota que o intérprete tem uma liberdade objetivamente vinculada e não pode “*partir* de resultados *preconcebidos* e, para legitimá-los, *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos com uma pseudo-argumentação”⁵⁸².

Visto tudo isso, pergunta-se: como se deve, então, proceder, na interpretação? Analisar o caso concreto e a lei, sempre buscando, não a vontade do legislador antigo, mas a da própria lei, relacionada aos princípios atuais, levando em conta não apenas os métodos lógico e gramatical de interpretação, mas a correspondência da norma à realidade social.

Por fim, válido lembrar que, para Eros Grau, interpretar é a atribuição de significado específico a um signo lingüístico, é compreender (sentido amplo). Em sentido estrito, é precisar o sentido de palavras e expressões. Segundo o ilustre professor:

“Dizemos, em *sentido amplo*, que *interpretar é compreender*.

Diante de determinado signo lingüístico, a ele atribuímos um específico significado, de pronto colhido, definindo a conotação que expressa, em

⁵⁸⁰ *Op. cit.* p. 63.

⁵⁸¹ Destaque-se, por oportuno, a Súmula 400, do Supremo Tribunal Federal, e o Enunciado 221, do Tribunal Superior do Trabalho.

⁵⁸² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 81.

coerência com as regras de sentido da linguagem do bojo da qual o signo comparece. Praticamos, então, exercício de *compreensão* daquele signo (buscamos entendê-lo). *Interpretar*, pois, em sentido amplo, é *compreender* signos lingüísticos.

Em *sentido estrito*, contudo, o verbo *interpretar* assume distinta conotação. Qualquer ato de comunicação pode ensejar uma ou outra das seguintes situações: (i) as palavras e expressões da linguagem nele utilizadas são suficientemente claras, verificando-se, então, uma situação de *isomorfia* (Wróblewski 1985: 23); (ii) inexistente essa clareza, e dúvidas se manifestam quanto ao sentido preciso de tais palavras e expressões.

Demanda-se, assim, nesta segunda situação, como antecedente indispensável à plenitude da *compreensão*, a determinação do significado das palavras e expressões de que se cuida, no que se busca precisar os seus sentidos. Aqui, portanto, a *interpretação (em sentido estrito)* — exercício complexo, distinto da pronta coleta de um específico significado — antecede, na medida em que a viabiliza, a plenitude da *compreensão*. Interpretamos, *em sentido estrito*, para compreender; *compreender é interpretar em sentido amplo.*⁵⁸³

O intérprete não pode se vincular à vontade do legislador ou ao espírito da lei, mas à realidade social (visão que privilegia o dinamismo ao invés da estaticidade). O intérprete também não pode ser arbitrário, mas utilizar as normas como ponto de partida e de chegada.

3.2.3.3. A jurisprudência e a sua função

A jurisprudência, nesse contexto, é o momento final da interpretação, quando é fixado o entendimento do magistrado (ou colegiado de magistrados) sobre a aplicação da norma, em reiteradas decisões.

Aliás, aqui, mister seja abertos parênteses para fixar, para o presente estudo, o significado do termo plurívoco *jurisprudência*: coleção de decisões reiteradas sobre um determinado tema, de um Juízo, Tribunal ou de determinada Justiça Especializada. Do ponto de vista não estritamente técnico, todavia, *jurisprudência* pode

significar até mesmo uma única decisão sobre um assunto e a tendência de determinada Corte. Rodolfo de Camargo Mancuso bem resume:

“Bem postas as coisas, parece-nos bastante a visualização da ‘jurisprudência’ sob estas *cinco acepções*: a) num sentido largo, corresponde ao que usualmente se denomina ‘ciência do direito’, ou seja, o ramo do conhecimento, espécie do gênero *Ética*, voltado ao estudo sistemático das normas de conduta social de cunho coercitivo (nesse sentido, na Itália, algumas Faculdades de Direito se chamam ‘*Facoltà di Giurisprudenza*’, como se dá, *v.g.*, em Florença); b) etimologicamente, vem a ser o Direito aplicado aos casos concretos pelos hoje denominados *operadores do Direito* — advogados, juízes, promotores de justiça, árbitros, conciliadores — como na antiga Roma se dava com os *prudentes*, agentes estatais então investidos do *ius respondendi*; c) sob o ângulo exegético, ou hermenêutico, pode ainda significar a interpretação teórica do Direito, feita pelos jurisconsultos e doutrinadores (juristas) em artigos, teses, livros ou mesmo em pareceres, sem, portanto, necessária afetação a um caso concreto, acepção essa que hoje vem mais assimilada à palavra *doutrina*; d) sob o ângulo da distribuição da justiça, significa a grande *massa judiciária*, a somatória global dos julgados dos Tribunais, harmônicos ou não, ou seja, a

extensão as decisões judiciais eram fontes do direito. A teoria da *civil law* não reconhece a existência de uma doutrina formal do *stare decisis*. Assim, os pronunciamentos judiciais não são vinculativos sobre as Cortes inferiores em casos subseqüentes, e, tampouco, são vinculativos nas Cortes de mesma hierarquia. Na situação extrema da França, como vimos na nossa discussão sobre o processo, a decisão da mais alta Corte civil não vincula, sequer, uma Corte inferior no mesmo caso, até uma segunda demanda, e aí, apenas por lei.”⁵⁸⁵

O juiz, assim, parte da norma jurídica abstrata, prevista no ordenamento jurídico e, aplicando-a ao caso concreto, dita a regra desse caso específico, resolvendo o conflito de interesses, a partir da atividade interpretativa, quando fixa o alcance da norma, mas sem fugir dos seus termos.

Mas há situações com as quais os juízes deparam-se que não encontram resposta ou base imediata na legislação — quando há uma lacuna no ordenamento, inexistindo norma específica a ser aplicada.

O problema das lacunas surgiu com o princípio da separação dos poderes, que impõe ao juiz a obrigação de ~~ob~~ ~~fu~~ ~~que~~ ~~re~~ ~~br~~,

adaptação da lei à realidade social (para ele é o principal). Ele faz, então, a distinção entre três espécies de lacunas — *intra legem*, *praeter legem* e *contra legem*.

A primeira é resultante de uma omissão do legislador, “quando, por exemplo, a lei prescreve a elaboração de dispositivos complementares que não foram editados”⁵⁸⁶. As lacunas *praeter legem*, ou axiológicas, são criadas pelos intérpretes que pretendem “que certa área deveria ser regida por uma disposição normativa, quando não o é expressamente”⁵⁸⁷. E as *contra legem* são também criadas quando se deseja evitar a aplicação da lei, restringindo-lhe o alcance e introduzindo um princípio geral que a limita.

Para os que defendem a interpretação estrita da lei, as lacunas limitam-se às *intra legem*, de construção, regulamentares.

Nos países da *common law*, o juiz tem um papel necessariamente criador de regras de direito. Ao contrário, nos sistemas de direito continental, a missão de elaborar um direito novo compete expressamente ao legislador. Como deve, então, o juiz comportar-se, diante de uma lacuna⁵⁸⁸ sem que haja arbitrariedade?

No mais das vezes, utiliza-se de recurso a instrumentos como a analogia e os princípios gerais do direito para suprir as lacunas da lei. Estes, principalmente, possuem importância fundamental no sistema, e podem ser invocados até mesmo para afastar a aplicação de determinadas regras.

Regem a matéria do preenchimento das lacunas, no nosso Direito, os artigos 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁸⁹, e 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. p. 66.

⁵⁸⁷ *Id.* p. 67.

⁵⁸⁸ Perelman (*Ética e Direito*. p. 647) distingue lacuna de vazio, que não pode ser suprido pelo julgador, e exige a atuação do legislador. Ele exemplifica com a legislação de Israel, que prevê que todas as questões relativas ao estado das pessoas são da alçada de tribunais religiosos, competentes em virtude da religião dos interessados. Não existe registro civil, e os funcionários e tribunais civis são incompetentes na matéria. Há um vazio, portanto, para resolver questões de casamento de pessoas que não têm religião, não cabendo ao juiz israelense preencher esse vazio, registrando, por exemplo, a separação. A diferença entre vazio e lacuna reside, assim, nos limites de ação do Poder Judiciário.

⁵⁸⁹ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito.

⁵⁹⁰ Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o Direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

A analogia é a semelhança de relações. Importa em aplicar uma regra que regula determinadas relações a outras relações que guardam semelhança ou afinidade com elas.

A função da analogia é integrar o direito, não melhor interpretá-lo. É como se criar uma nova regra para um caso, isso porque fatos de igual natureza devem ter a mesma regulamentação. Segundo Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho:

“De fato, considerada, numa noção geral, a *analogia* como a aplicação de uma regra de direito, reguladora de certas e determinadas relações, a outras relações, que têm afinidade ou semelhança com aquelas, mas para as quais não está ela estabelecida, pode-se repetir que esse processo tem por fundamento a identidade da *ratio legis*, inspirando-se no princípio que, onde existe a mesma razão de decidir, deve-se aplicar o mesmo dispositivo de lei — *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.*”⁵⁹¹

Válida a distinção entre a chamada analogia de lei (*analogia legis*) e analogia de direito (*analogia iuris*).

A analogia de lei há quando existe na lei uma norma que se aplica a um caso por ela não contemplado, mas similar. A analogia de direito, por outro lado, existe quando não existe nenhum preceito que se possa chamar à aplicação. Deve-se, então, construir uma norma de alguma forma ou pelos princípios gerais, pelo costume, pelo direito estrangeiro ou pelo conjunto de decisões.

Segundo os civilistas Eduardo Espíndola e Eduardo Espíndola Filho, só na segunda hipótese há criação do direito. No primeiro não, pois já se tem uma regra que é aplicável a determinado caso.

Tanto o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, como o 8º, da CLT, falam na analogia.

Por outro lado, os princípios gerais do direito, como visto, são normas não-positivadas, que pairam sob o sistema posto, de forma latente, e podem ser resgatados.

⁵⁹¹ ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. p. 105.

Apesar de não-positivados, pelos valores em comum, e pelo próprio *habitus* (conjunto de conhecimento e de valores incorporados socialmente), eles se relacionam ao sistema posto.

Esses princípios, já tratados, podem e devem servir para a integração, além de servirem para auxiliar na interpretação.

Por fim, válida a referência à discussão de serem os princípios fonte do direito só quando estão suprindo lacunas ou não. Há os que entendem que só são fonte formal quando estão suprindo lacunas. No mais, não, pois há regras que devem ser aplicadas e os princípios podem ajudar apenas na interpretação.

Parece-nos que, a despeito da importância dos princípios gerais do direito, considerando a expressa disposição da LICC e da CLT, só quando suprindo lacunas eles são fontes formais do Direito, o que não exclui sejam considerados na interpretação de qualquer norma, muito pelo contrário.

E, além da analogia e dos princípios, o ordenamento pode ser integrado pelos costumes. A justificativa para tanto se encontra no fato de as próprias normas jurídicas refletirem, de certa forma, determinados costumes e determinadas práticas comuns na realidade. O Direito nasce da sociedade, e é natural que, não costumes meramente locais, mas costumes gerais de toda a sociedade sejam considerados.

O costume existe quando um indivíduo repete um mesmo modelo de conduta frente a circunstâncias semelhantes (hábito), por algum tempo. Quando esse costume provoca uma adequação dos interesses das pessoas e as atitudes divergentes ferem expectativas e geram reclamações, está-se diante de uma norma consuetudinária.

Ricardo Guibourg destaca que há três elementos principais no costume: a conduta repetida (dimensão temporal), a pluralidade de sujeitos (dimensão social) e o consenso social sobre a exigibilidade da conduta (*opinio necessitatis*)⁵⁹².

O mesmo autor trata do reconhecimento do costume pelos juízes⁵⁹³. A importância desse fator, reconhecimento, é a pedra de toque de todo o fundamento teórico do costume jurídico. Uma linha de pensamento pressupõe que a norma jurídica consuetudinária existe antes de toda aplicação, porque as decisões judiciais fundadas em

⁵⁹² *Fuentes del Derecho* in VALDÉS, Ernesto Garzón, LAPORTA, Francisco J. (coord.) *El Derecho y la Justicia*. p. 180.

⁵⁹³ *Id.* p. 183.

tal norma não fazem mais do que confirmar sua existência (e aí se deve responder às perguntas anteriores).

Outra linha dá ao reconhecimento judicial o caráter de condição necessária. Quem entende assim, libera-se de dar precisão a cada condição do direito consuetudinário e de responder às perguntas, porque entenderá que a conduta deve se repetir tantas vezes, por tantas e tais pessoas, durante tanto tempo e acompanhada por uma atitude normativa tão ampla e intensa que os juízes reconheçam a existência de uma norma.

A relativa tranqüilidade proporcionada por esse segundo caminho é enganosa. Isso porque, da mesma forma que a norma consuetudinária dependeria, em última instância, do reconhecimento judicial, quaisquer que sejam as modalidades e as intensidades do cumprimento dos outros requisitos, as leis também devem receber a confirmação judicial. Caso contrário, as próprias leis restariam ameaçadas pelo desuso. Esse entendimento outorga importância superior à jurisprudência, acima da lei e do costume.

Da mesma forma que os princípios, os costumes são fonte formal do Direito, quando suprem lacunas, nos termos da LICC e da CLT, que fala ainda em equidade.

A equidade é muito utilizada no Direito Inglês (*equity X common law*). Ela está relacionada a uma idéia de razoável, de justo. Segundo a CLT, a equidade pode suprir lacunas. Mas em um sistema como o nosso, parece-nos que se deva dar preferência a outras balizas, pois equidade é muito amplo. E sempre há o medo de se cair na arbitrariedade e na quebra da isonomia e segurança jurídica, quando se fala em equidade e justiça.

Ricardo Guibourg enquadra a equidade não como fonte formal⁵⁹⁴ do Direito, mas, ao lado da justiça, ética, segurança, necessidade e interesse, como fonte material do Direito, que seriam “un conglomerado de valores y expectativas en el que se originan los contenidos legales”⁵⁹⁵.

Por fim, a CLT fala, ainda, em suprimento de lacunas pelo direito comparado e pela jurisprudência.

⁵⁹⁴ Fontes formais são os fatos, procedimentos ou circunstâncias que outorgam a certas condutas a condição de serem obrigatórias, proibidas ou facultativas em um sistema jurídico determinado. *Id.* p. 179.

⁵⁹⁵ *Id.* p. 179.

No que toca à integração por normas internacionais, não se deve confundir com incorporação, quando a norma passa expressamente a fazer parte do ordenamento jurídico.

Se o sistema de Direito que será utilizado como base for semelhante ao nacional, pode a norma estrangeira (não incorporada pelo ordenamento) suprir lacuna. Parece-nos que, pelos problemas de compatibilidade que podem surgir e até pelo fato de não terem sido legislativamente incorporadas, apenas em último caso deve o juiz utilizar-se de normas internacionais.

A CLT autoriza, ainda, o suprimento de lacunas pela jurisprudência, o que leva ao questionamento de qual o seu papel. Ricardo Guibourg bem coloca a questão⁵⁹⁶.

Segundo ele, é questão controvertida saber se a decisão judicial integra ou não o sistema, como norma. Para a dogmática, o pronunciamento judicial não é uma norma, mas um ato destinado a aplicá-la e interpretá-la. Assim, o juiz declara o direito, mas não o cria. Em consequência, o sistema jurídico está composto por normas gerais.

Sob outro ponto de vista (Kelsen), as sentenças não são absolutamente determinadas pelas normas gerais, porque o juiz, ao decidir sobre os fatos e o direito, adota verdadeiras decisões e cria uma norma individual. Assim, a norma faz parte do sistema que rege a sociedade.

Uma terceira corrente aceita que as decisões judiciais sejam normas individuais, mas defende que só as gerais integram o sistema normativo.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior⁵⁹⁷, jurisprudência é fonte do Direito na *common law* (juízes independentes), no sistema romano-germânico, não. Mas mesmo não sendo lei, o papel da jurisprudência na constituição do Direito é inegável, porque através da interpretação é que se dá o sentido geral de orientação para a lei.

Ricardo Guibourg ressalta que nenhuma dessas correntes é mais ou menos verdadeira que a outra, dependendo do enfoque e do marco teórico adotado. Entretanto, a controvérsia fica mais intensa quando se analisa a atividade judicial como um todo, ao invés de apenas a norma.

⁵⁹⁶ *Op. cit.* pp. 183-186.

⁵⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Op. cit.* pp. 244 e segs.

Nos países de tradição jurídica romano-germânica, chama-se jurisprudência ao conjunto de sentenças judiciais de onde se pode inferir uma norma geral nova ou certa interpretação de um texto legal preexistente. No sistema anglo-saxão, por outro lado, a criação judicial de normas se interpreta segundo o modelo do precedente, que significa que a doutrina (*ratio decidendi*) que se infere de cada sentença individual é obrigatória para todos os juízos futuros. A prática, entretanto, ameniza esse princípio do precedente, mediante métodos argumentativos, como a seleção do precedente, a formulação ou reformulação da doutrina, a determinação das circunstâncias relevantes entre os casos, etc.

De qualquer forma, o fato é que tanto no direito continental como no anglo-saxão, os pronunciamentos judiciais são publicados e estudados por advogados e juristas, para conhecerem o sistema jurídico do país em que vivem.

Parece-nos que admitir a jurisprudência como fonte formal do Direito, suprindo lacunas, vai de encontro à sistemática dos países de tradição romano-germânica, na qual o juiz não tem papel criador. Pode-se até referir e tomar como base algum precedente, mas que terá sempre partido da interpretação de alguma norma, seja regra ou princípio (positivado ou geral do direito).

Conforme a seguir será melhor notado, sob a égide da EC 01/69, em especial a partir de 1977, o Supremo Tribunal Federal, através da então chamada “argüição de relevância”, podia indicar os processos em que atuaria. Tratava-se de verdadeiro poder legiferante paralelo que, no nosso entender, extrapolava os limites da atuação de um órgão judiciário.

Por outro lado, em especial a partir da década de 60, o Supremo Tribunal (no que foi seguido pelos outros Tribunais Superiores e inferiores) editou (como continua a editar) inúmeras súmulas da sua jurisprudência que, inclusive, podem vir a se tornar (todas) vinculantes, se assim entender o Tribunal (após a EC 45/2004).

Essa prática é positiva, na medida em que serve para a Corte guiar-se e para os Tribunais inferiores conhecerem melhor a jurisprudência consolidada. Não se trata de atividade legislativa do Tribunal, mas de consolidação de entendimentos sobre determinado assunto. As súmulas acabam por servir até de base interpretativa para a legislação, mas não competem com essa, pois partem dela e não podem contrariá-la.

Em determinados momentos, se houver lacuna da lei, a jurisprudência consolidada através das súmulas pode vir até a complementá-la, mas, na verdade, o que ocorre é que essa súmula não partiu do nada, mas da interpretação de princípios que, ainda que não positivados, fazem parte do sistema jurídico. Assim, a jurisprudência sumulada não ocupa o papel de fonte formal. Endossa esse entendimento Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem:

“a jurisprudência, mesmo pacífica e reiterada, remanesce como um *meio suplementar de integração do Direito*, não reunindo condições de ser alçada ao patamar de *fonte formal ou forma de expressão* — principal ou secundária — do Direito, à míngua do qualificativo essencial da *imperatividade* em sua aplicação.”⁵⁹⁸

Até por razões de política judiciária, por outro lado, o ideal é que as súmulas fossem sempre respeitadas pelos órgãos judiciais inferiores, porque de nada adianta decidir de forma contrária se o Tribunal Superior reformará a decisão para adequá-la à jurisprudência dominante.

É uma realidade, todavia, que isso não ocorre sempre, mas, ao contrário, há algumas vezes uma sistemática resistência de órgãos inferiores, em nome da independência, em seguir as súmulas e jurisprudência dominante, o que é uma lástima, pois vai de encontro aos princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional.

Com a edição de súmulas vinculantes (consoante autorizado pela EC 45/2004), pretende-se acabar com o desrespeito e impor a visão consolidada do Supremo Tribunal Federal (se houver o descumprimento da linha jurisprudencial traçada pelo Tribunal, caberá, diretamente, reclamação). A crítica que se faz, apenas, é que, uma vez dotada de efeito vinculante, é possível que a prática da revisão (principalmente em razão do limitado rol de legitimados para postular o cancelamento ou a revisão) leve a um certo “engessamento” da jurisprudência. Mas, no contexto do elevado volume de recursos no Supremo Tribunal Federal, a

⁵⁹⁸ *Op. cit.* p. 85.

idéia é positiva, por objetivar obrigar os órgãos inferiores (judiciais e administrativos) a respeitar as súmulas da Corte Suprema.

3.3. Os limites do Poder Judiciário no exercício da jurisdição

As idéias de Locke, Montesquieu e Rousseau foram o substrato para as grandes revoluções do século XVIII, a americana e a francesa.

Da americana, não obstante a influência continental européia (em especial, a francesa), surgiu o juiz independente e politicamente engajado — ativismo judicial — por ser o Direito Americano jurisprudencial (apesar de não tão “puro” como o inglês). Da francesa ficou a marca do respeito estrito à lei e a concepção de que o juiz, até como uma reação aos abusos do Antigo Regime, era um estrito aplicador da lei, devendo, fielmente, ater-se aos ditames legais. Daí, a continuidade do desenvolvimento do papel da regra de direito e dos limites da atuação do legislador na *civil law*.

Locke considerava o Poder Legislativo o poder supremo. O Estado resultaria do pacto social entre homens livres, sendo necessárias leis duradouras, estáveis e estabelecidas por voto majoritário e um poder permanente para executá-las — o Executivo. Nas suas palavras:

“Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados.”⁵⁹⁹

Apesar de não haver determinado os limites claros da atividade legislativa e não haver tratado de mecanismos para o seu controle, Locke bem dividiu as funções dos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo Brian Z. Tamanaha:

⁵⁹⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. p. 92.

“Sua idéia envolvia uma delegação limitada de poder, para propósitos limitados, dos indivíduos para o governo, revogável por eles quando o governo falhasse na realização de suas obrigações. Ele especificou uma separação de poderes entre o Legislativo e o Executivo — embora não um Judiciário separado — para assegurar que os atos governamentais fossem de acordo com as leis postas. E ele defendeu que a monarquia absoluta é incompatível com a sociedade civil porque um tal monarca julgaria seus próprios casos, perpetuando em um estado de natureza em relação ao povo.”⁶⁰⁰

Para Locke, os homens nascem livres, no estado de natureza⁶⁰¹, e unem-se para poderem conservar suas propriedades — vidas, liberdades e bens. E, para a regulação desse estado de natureza, são necessários três fatores essenciais, bem resumidos por Mônica Sifuentes:

“1) uma *lei estabelecida*, ‘fixa e conhecida, recebida e aceita mediante o consentimento comum enquanto padrão da probidade e da improbidade, e medida comum para solucionar todas as controvérsias entre eles’; 2) *um juiz conhecido e imparcial*, com autoridade para solucionar todas as diferenças de acordo com a lei; 3) um *poder* ‘para apoiar e sustentar a sentença quando justa e dar a ela a devida *execução*’.”⁶⁰²

Mas, na verdade, apesar de Locke argumentar com a importância da execução e da existência de leis, fica clara a sua maior preocupação com a

⁶⁰⁰ TAMANAHA, BRIAN Z.. *On the Rule of Law — History, Politics, Theory*. p. 49. Tradução nossa de: “His design involved a limited delegation of power, for limited purposes, from individuals to the government, revocable by them if the government failed to meet its obligations. He specified a separation of power between legislature and executive — though not a separate judiciary — to assure that the government acts according to duly enacted standing laws. And he argued that absolute monarchy is inconsistent with civil society because such a monarch would judge his own cases, continuing in a state of nature in relation to the people.”

⁶⁰¹ Fundamental, no ponto, a explicação de Norberto Bobbio (*Locke e o Direito Natural*. p. 169) sobre o estado da natureza, após consignar, com razão, que Locke é hobbesiano, pois antes de Hobbes ninguém havia feito do estado da natureza um elemento essencial do sistema: “Por estado da natureza entendia-se o estado em que o homem se encontrava, ou se encontraria em determinadas circunstâncias, sem o apoio de um poder civil, sem qualquer outro guia além das leis naturais. Estado da natureza e lei natural eram conceitos estreitamente relacionados: como se contrapunha a lei natural às leis civis, assim também se contrastava o estado da natureza com o estado civil. A variedade das teorias políticas inspiradas no jusnaturalismo depende, em boa parte, do modo diferente como é resolvido o contraste entre estado da natureza e estado civil.”

⁶⁰² SIFUENTES, Mônica. *Op. cit.* p. 19.

decidibilidade, ou com a sujeição a algum órgão que possa dirimir as controvérsias. Veja-se:

“E por este modo os homens deixam o estado de natureza para entrarem no de comunidade, estabelecendo um juiz na Terra, com autoridade para resolver todas as controvérsias e reparar os danos que atinjam a qualquer membro da comunidade; juiz esse que é o legislativo ou os magistrados por ele nomeados. E sempre que houver qualquer número de homens, associados, embora, que não possuam tal poder decisivo para o qual apelar, estes ainda se encontrarão em estado de natureza.”⁶⁰³

Nesse mesmo sentido a opinião segura de Norberto Bobbio segundo o qual o que torna inaceitável o estado da natureza, para Locke, não é a inexistência de leis, pois no estado da natureza vige o direito natural, “mas sim o fato de que, diante da violação de uma dessas leis, falta uma instituição capaz de proporcionar a reparação dos danos e a punição dos culpados.”⁶⁰⁴

E a superioridade do Poder Legislativo em Locke fica clara na absorção do poder de julgar, que lhe é deferido em casos excepcionais, consoante bem se nota da seguinte passagem:

“(…) o poder legislativo ou o poder supremo não pode chamar a si o poder de governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários, mas está na obrigação de dispensar justiça e decidir dos direitos dos súditos mediante leis promulgadas, fixas e por juízes autorizados, conhecidos.”⁶⁰⁵

De Locke, portanto, no que por ora interessa, ficam as idéias de (i) necessidade de lei para regulamentar o estado natural, sob pena de se cair na tirania; (ii) repartição entre um Poder que edita as leis (e até julga) e outro que as executa.

Em Montesquieu, por outro lado, um Poder Judiciário central e independente era essencial, isso para que fosse assegurada a observância da lei, dentro de limites, sem exageros pelos agentes do Poder Executivo. Inspirado pelo modelo

⁶⁰³ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. p. 55.

⁶⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. p. 181.

⁶⁰⁵ LOCKE, John. *Op. cit.* p. 85.

inglês, para ele, nenhum Poder sobrepuja-se a outro, estando confiada a cada um deles uma atribuição de ordenar correlata a uma outra de impedir de outro — teoria hoje conhecida como de *checks and balances*⁶⁰⁶. Nas suas palavras:

“Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último de poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”⁶⁰⁷

Especificamente sobre o Poder Judiciário, Montesquieu o trata de forma menos ativista que os outros dois, mais restrito às disputas de direito privado e muito ligado à idéia do Júri. Nas suas palavras, “o poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário”⁶⁰⁸. Mônica Sifuentes, após identificar a conformidade das idéias de Montesquieu com o programa iluminista, destaca que:

“A definição de *Poder Judiciário* em MONTESQUIEU, no contexto da Constituição da Inglaterra, não corresponde, evidentemente, à realidade política e constitucional daquele país. De fato, acaba o autor por identificar o Poder Judiciário com os jurados dos tribunais inferiores (*petty juries*), cuja função era julgar os casos de pouca importância, quando são indiscutíveis quer a função criadora de direito dos juizes ingleses, quer a sua margem de autonomia decisória, dentro do sistema de precedentes do *common law*.”⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ Freios e contrapesos.

⁶⁰⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. p. 187.

⁶⁰⁸ *Id.* p. 188.

⁶⁰⁹ *Op. cit.* p. 24.

Ademais, em Montesquieu, há situações nas quais o Poder Legislativo pode julgar, como quando “poderosos” forem ser julgados (já que o julgamento deve ser pelos pares), quando a lei for muito rígida (e o juiz deve-se sempre ater a ela), e quando tratar-se de crimes lesivos do interesse público.

Essa, ao mesmo tempo, preocupação em colocá-lo em papel de destaque e limitá-lo (em razão principalmente de estar ligado muito à administração direta pelo povo) demonstra um certo temor com as atividades do Poder Judiciário que, embora independente, deveria ser restrito na interpretação e aplicação da lei. Mas, mesmo assim, seu trabalho tem grandes méritos, consoante bem destaca Brian Z. Tamanaha:

“Os historiadores concordam que Montesquieu equivocou-se quanto a atual extensão da separação dos poderes na Inglaterra, que ele exagerou, e o seu modelo de cultura inglesa foi acusado de falhar na apreciação do significado de virtude, de honra, e (pelo menos em parte) de prevalência da orientação para todos. Nada disso importa. Sua formulação da separação dos poderes, a ênfase que ele deu ao Judiciário enquanto capaz de preservar o direito, suas colocações sobre a liberdade legal, e sua previsão de que existe uma conexão complementar entre a cultura e o direito, são sempre atuais.”⁶¹⁰

De Montesquieu, portanto, ficam as idéias de um Judiciário independente, aplicador da lei fruto do Poder Legislativo e que, como os outros Poderes, sofre limitações.

Rousseau, por fim, aproxima-se mais de Locke, embora maior defensor da supremacia do Poder Legislativo, por pertencer ao povo, sendo o único dotado de efetiva soberania.

Mas a grande contribuição de Rousseau está no conceito de vontade geral, que é a justificação do significado da lei, como resultado da vontade popular (ligada e identificada como vontade de Deus). Nas suas palavras:

⁶¹⁰ *Op. cit.* p. 53. Tradução nossa de: “Historians agree that Montesquieu misread the actual extent of separation of powers in England, which he exaggerated, and his portrayal of English culture has been challenged as failing to appreciate the significance of virtue, honor, and (at least a modicum of) a prevailing orientation to the whole. None of that matters. His formulation of separation of power, the emphasis he placed on the judiciary as the preserve of the rule of law, his statement of legal liberty, and

“Mas quando todo o povo estatui para todo o povo, ele não considera senão a si mesmo, e, se se forma então uma relação, é do objeto inteiro sob o ponto de vista do objeto inteiro, sob um outro ponto de vista, sem nenhuma divisão do todos. Então a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que estatui. É este ato que chamo de lei.”⁶¹¹

E todas as leis, fruto dessa vontade geral, devem ser leis de liberdade, “porque toda dependência particular é um tanto de força eliminada do corpo do Estado”, e de igualdade, “porque a liberdade não pode subsistir sem ela”⁶¹².

Ao lado do homem natural, passa a existir o homem civil, que troca a liberdade com a qual nasce por uma liberdade política, submetida à vontade geral, ao Estado do qual faz parte. Segundo Mônica Sifuentes:

“Sabia-se, na França, que somente um Estado fortalecido seria capaz de efetuar as desejadas transformações sociais, muito embora esse novo Estado não pudesse ter nem a concepção tirânica de HOBBS e nem, por outro lado, o liberalismo de LOCKE, sob pena do seu esfacelamento. Nesse particular, o pensamento de ROUSSEAU revelou-se adequado e apropriado: sob a roupagem da ‘vontade geral’, da mística universalista contida na emblemática submissão de todos à lei, construiu-se uma fórmula que conciliava, paradoxalmente, sujeição e liberdade.”⁶¹³

De Rousseau, portanto, vêm as idéias fortes de supremacia da lei e, por conseqüência, de fortalecimento do Poder Legislativo — soberano e legítimo para regular a sociedade civil.

Desses três autores, em especial, advêm as bases teóricas modernas para a concepção de (i) existência de três Poderes independentes e harmônicos, (ii) necessidade de leis para regular a sociedade, e (iii) supremacia da lei, que deve ser aplicada sempre respeitando os limites impostos pelo seu criador.

his insight that there is a complementary connection between the surrounding culture and the law, are of enduring moment.”

⁶¹¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. p. 58.

⁶¹² *Op. cit.* p. 73.

⁶¹³ *Op. cit.* pp. 29-30.

A Revolução Francesa inspirou-se nessas idéias. Por conseqüência, considerando a importância desse movimento para o direito continental europeu e para todos os países de *civil law* a partir dos séculos XVIII e XIX, os avanços alcançados com base nas idéias dos três citados autores, em especial, são significativos.

Basta notar a conquista de um direito nacional, único para toda a nação, perante o qual todas as pessoas, em sociedade, são iguais e regidas pelas mesmas leis. Na mesma linha de raciocínio, a afirmação da igualdade de todos perante a lei, e, principalmente, no que por ora interessa, a idéia central de supremacia da lei.

Aliás, no contexto de supremacia da lei, importante destacar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual a lei “é a expressão da vontade geral” e “todos os cidadãos têm direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”. Também o artigo 7º determinava que ninguém poderia ser intimado a obedecer senão em nome da lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Mônica Sifuentes bem ensina que:

“Do texto da *Declaração* saiu a legalização completa da ordem jurídica, ‘sobre a base de uma crença cega nas virtudes do novo instrumento jurídico e político que a lei passou a ser’. Napoleão levou essa corrente ao mais alto grau, ‘com a sua dupla grande obra de criador da Administração moderna e de promotor do vasto movimento codificador, que lhe conduziu de 1804 a 1810 a promulgar cinco grandes Códigos para reger toda a vida civil: o Código Civil, o Código Comercial, o Penal e dois Códigos processuais civil e penal’.”⁶¹⁴

Também merecem referência as lições de Norberto Bobbio, que bem resumem as duas principais marcas do positivismo, ligadas à importância dada à lei, nitidamente racionalistas:

“a) O dar prevalência à lei como fonte do direito exprime uma concepção específica deste último, que é compreendido como ordenamento racional da sociedade; tal ordenamento não pode nascer de comandos individuais e ocasionais (porque então o direito seria capricho e arbítrio), mas somente de normas gerais e coerentes postas pelo poder soberano da sociedade,

⁶¹⁴ *Op. cit.* p. 39.

assim como a ordem do universo repousa em leis naturais, universais e imutáveis.

b) O dar a prevalência à lei como fonte do direito nasce do propósito do homem de modificar a sociedade. Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento de suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isto seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei.”⁶¹⁵

As limitações aos poderes dos julgadores ficam, portanto, claras, no desenvolvimento posterior da *civil law*. Tanto é assim que a lei francesa de Organização Judicial de 1790 estabelecia que os tribunais não poderiam fazer regulamentos e deveriam dirigir-se ao legislador seja para interpretar a lei ou para fazer uma nova.

Há, assim, razões para o legalismo estrito, que atingiu seu ápice com o positivismo jurídico, ainda marca dos direitos da família romano-germânica, consoante já referido quando do estudo do seu desenvolvimento.

E, mesmo nos dias atuais, ultrapassada a fase do radicalismo positivista, ao juiz da *civil law* não é dado criar agindo à margem da lei. Como já anotado, o ponto de partida e de chegada está na lei (ou melhor, considerando os princípios gerais do direito, nas normas), e a interpretação, por mais que possa avançar e adequar os preceitos à realidade, não pode ir além, criando novas normas gerais e abstratas.

Isso porque, como visto, no processo de formação do Estado moderno, o juiz perde a posição que anteriormente detinha de fonte principal de produção do direito e se transforma em um órgão estatal “subordinado” ao Poder Legislativo e encarregado de aplicar as normas estabelecidas. Norberto Bobbio sintetiza:

“O resultado de tal desenvolvimento pode ser sintetizado dizendo-se que, com base nos princípios do positivismo jurídico que foram acolhidos pelo ordenamento jurídico dos Estados modernos, o juiz não pode com uma sentença própria ab-rogar a lei, assim como não o pode o costume. O poder judiciário, portanto, não é uma fonte principal (ou fonte de qualificação)

⁶¹⁵ BOBBIO, Norbert. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. p. 121.

do direito. Isto não exclui, entretanto, que o juiz seja em qualquer caso uma fonte subordinada, mais precisamente uma fonte *delegada*. Isto acontece quando ele pronuncia um *juízo de equidade*, a saber, um juízo que não aplica normas jurídicas positivas (legislativas e, podemos até acrescentar, consuetudinárias) preexistentes. No juízo de equidade, o juiz decide ‘segundo consciência’ ou ‘com base no próprio sentimento da justiça’. (...). Ao prolatar o juízo de equidade, o juiz se configura como fonte de direito, mas não como fonte principal, mas apenas como fonte subordinada, porque ele pode emitir um tal juízo somente se e na medida em que é autorizado pela lei, e, de qualquer maneira, nunca em contraste com as disposições da lei.”⁶¹⁶

3.4. A (im)possibilidade de criação de normas pelo juiz

Face ao já exposto, pergunta-se: como deve, então, proceder o juiz na interpretação das normas nos países de *civil law*? Deve partir sempre das normas postas ou implícitas (que também integram o sistema) ou pode ir além e efetivamente criar o Direito?

Parece-nos que não. O magistrado, que é o intérprete qualificado, deve analisar o caso concreto, e analisar a lei, sempre buscando não a vontade do legislador antigo, mas a vontade da própria lei, relacionada aos princípios atuais, atualizando a norma objetiva, levando em conta não apenas os métodos lógico e gramatical de interpretação, mas a correspondência da norma com a realidade social.

Não pode, todavia, fugir da lei. Os limites da interpretação terminam na própria norma. A lei, enquanto expressão do direito posto, tem um duplo papel, sendo o ponto de partida e o limite para o intérprete no Estado de Direito.

O risco de agir à margem das disposições legais (incluídos, também, os princípios gerais do direito) é grande e pode levar ao subjetivismo e à arbitrariedade judicial, ofendendo o próprio princípio da separação dos poderes, além de desrespeitar o princípio da segurança jurídica e do direito, trazendo instabilidade e incertezas.

⁶¹⁶ *Id.* pp. 171-172

A postura de o juiz não se afastar da lei não exclui, como já dito, esteja sempre ele atento à realidade social, não prendendo a lei ao tempo do legislador, à vontade original.

A solução depende sempre da análise dos casos concretos, não podendo o juiz agir simplesmente como se não houvesse nenhuma previsão legislativa, de acordo com a sua consciência. Perelman⁶¹⁷ tem interessante ponto de vista ao defender a busca da vontade do legislador (atual).

Já a Escola da Exegese recorreu a essa noção. Quando o texto legal não permitia por si só dirimir um conflito relativo à sua interpretação, o sentido era precisado consultando os trabalhos parlamentares e os debates que precederam a votação da lei. Mas esse proceder torna o Direito estático, pois procura o sentido da lei pela vontade do legislador de até mais de um século. Ademais, não é possível saber se essa vontade é idêntica à expressa por todos os participantes dos debates parlamentares. Deve-se buscar, segundo Perelman, uma solução dinâmica, mas nem tanto, pois há o risco de cair na arbitrariedade e desconsideração da lei (deve buscar a vontade do legislador atual).

Mas o certo é que nunca se deve simplesmente esquecer a lei e a sistemática do ordenamento jurídico. Perelman, para demonstrar a necessidade de sempre se ter a lei como guia e nunca se trabalhar no vazio normativo, traz interessante exemplo da República Popular da Polônia. O poder revolucionário instalou-se e encontrou-se diante de uma legislação votada pelo regime contra o qual se insurgiu e à qual era nitidamente contrário.

O novo regime resolveu manter provisoriamente em vigor as leis anteriores e editou uma norma geral (artigo 4º, do Código Civil de 1964), que previa: “As disposições do direito civil devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com os princípios do sistema social e com as metas da República Popular da Polônia”. O juiz deveria, então, interpretar a lei de modo que a solução adotada não fosse incompatível com os valores do novo regime socialista.

Além de tudo, esse exemplo, além de demonstrar a importância de não agir à margem da lei, como se essa não existisse, demonstra, ao mesmo tempo, o papel do juiz na interpretação da norma, de modo a adequá-la à realidade social.

⁶¹⁷ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. p. 206.

E quanto à integração? O juiz tem um papel criativo quando há lacunas e ele integra o ordenamento? Também parece-nos que não, até porque é o próprio ordenamento posto que o autoriza a agir dessa forma, e sempre com base em algum elemento — costumes, etc. Interessante e oportuna a colocação de Kelsen:

“Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume — um costume qualificado — como fato criador de Direito.”⁶¹⁸

Eros Roberto Grau, por sua vez, refutando a idéia de discricionariedade judicial, anota que:

“Resta-me tocar na questão da *discricionariedade judicial*, cuja existência nego. O juiz, mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas, toma decisões vinculado aos princípios gerais de direito; não produz normas *livremente*.

Todo intérprete, assim como todo juiz, embora jamais esteja submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial, mas não exclusivamente — é óbvio —, pelos que veiculam *princípios* (e faço alusão aqui, também, ao ‘texto’ do *direito pressuposto*). E cumpre também observarmos que os textos que veiculam *normas-objetivo* reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas *normas-objetivo*.”⁶¹⁹

E mais uma vez, o ilustre professor, referindo Cossio, destaca que o juiz “cria” a norma apenas no sentido de explicitá-la para o caso concreto, não criando uma nova norma geral:

“Ao tratar da norma criada pelo juiz em caso de lacunas, Cossio observa que o juiz unicamente explicita a norma não formulada; ele não

⁶¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 10.

⁶¹⁹ *Op. cit.* p. 207.

Lembramos a célebre polêmica entre Hart e Dworkin sobre o poder discricionário judicial, e aderimos à posição deste último, bem resumida pelo primeiro:

“Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceita pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá da sua própria concepção interpretativa do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão.”⁶²²

Fazemos nossas, nesse sentido, as observações de Norberto Bobbio sobre o positivismo ético (aspecto ideológico do juspositivismo), que deve prevalecer em nome da ordem e da segurança jurídica, não podendo o juiz se substituir ao legislador e criar o Direito novo:

“Também a versão moderada do positivismo ético afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independentemente do seu conteúdo, mas não porque (como sustenta a versão extremista) seja sempre por si mesmo justo (ou com certeza o supremo valor ético) pelo simples fato de ser válido, mas porque é o meio necessário para realizar um certo valor, o da *ordem* (e a lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem). Para o positivismo ético o direito, portanto, tem sempre um valor, mas, enquanto para

⁶²² HART, Herbert L.A. *Op. cit.* p. 336.

sua versão extremista trata-se de um *valor final*, para a moderada trata-se de um *valor instrumental*.⁶²³

E, ainda que admitida uma certa flexibilização na teoria tradicional da separação dos Poderes com os precedentes judiciais tornando-se obrigatórios (e ganhando uma força vinculativa *ultra parte e erga omnes*), não se deve atribuir caráter de norma geral e abstrata (e de fonte formal) às súmulas, pois elas sempre devem partir da interpretação de alguma norma (positivada ou não). Mesmo que vinculativas e com caráter “normativo”, as súmulas sempre terão sua origem em normas de casos concretos, individuais, em interpretações pontuais e concretas das normas. Havendo uma certa “generalização”, com a edição da súmula, esse caráter não se perde, pois a origem do entendimento consolidado foi uma norma preexistente e um caso específico.

3.5. O Direito Brasileiro e a vinculação das decisões judiciais

3.5.1. A experiência do Direito Brasileiro com a vinculação das decisões judiciais

O Direito Brasileiro, apesar de uma preocupação constante com a uniformização jurisprudencial, não tem muita tradição com a vinculação das decisões judiciais.

Do Direito Português, o Brasileiro herdou uma certa intenção de tornar obrigatórios os precedentes, mas sem efetivamente conseguir, ao contrário do que ocorreu em Portugal durante longo tempo, já que, hoje, o ordenamento luso não adota a sistemática de obrigatoriedade de observância dos precedentes, mas, apenas, prevê o cabimento de recursos por divergência.

O Direito Brasileiro não seguiu totalmente a sistemática recursal portuguesa, mas também a americana (inglesa), em especial no que toca à recorribilidade extraordinária. Esqueceu, assim, da evolução do recurso de revista e do recurso para o Tribunal Constitucional português e não adotou a anglo-saxã quanto aos precedentes.

⁶²³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. p. 230.

Não obstante, o resultado final não distanciou muito a realidade atual portuguesa e a brasileira, pois, em ambas, há a previsão de recursos para Tribunal Superior sempre que houver divergência de interpretação. Maior distância observa-se, hoje, com o Direito Inglês e o Norte-americano, que adotam a sistemática dos precedentes e têm recursos “de natureza extraordinária” mais sujeitos à “discrecionabilidade” das Cortes Superiores (que “selecionam” mais os processos a serem julgados).

Vale notar que, no Brasil colonial, eram aplicadas as disposições da legislação portuguesa e, gradativamente, foram sendo criadas Cortes aqui sediadas.

Proclamada a Independência do Brasil, surgiu a necessidade de, como um Estado, possuir ordenamento jurídico próprio.

Estavam em vigor a essa época, em Portugal, as Ordenações Filipinas. Formada a Assembléia, em 1823, decidiu-se por revalidar as normas constantes das Ordenações Filipinas e leis extravagantes, incorporando-as ao Direito Brasileiro (Lei de 20 de outubro de 1823).

A Constituição de 1824, no artigo 166, determinou a criação de um Supremo Tribunal de Justiça, organizado por Lei de 18 de setembro de 1828, que manteve a revista portuguesa, inclusive para causas criminais, nos casos de nulidade manifesta ou injustiça notória, ou seja, nas mesmas hipóteses em que era cabível nas causas cíveis. O Código de Processo Criminal do Império manteve a previsão da revista.

Por Lei de 3 de dezembro de 1841, regulamentou-se melhor a matéria, sendo admitida a interposição da revista, segundo José Carlos de Matos Peixoto⁶²⁴:

- a) das sentenças dos juizes de direito em grau de apelação sobre crime de contrabando ou sobre prescrição julgada procedente por juiz municipal;
- b) dos acórdãos das relações que julgassem as sentenças do Júri, as decisões definitivas ou com força de definitivas proferidas por juizes de direito.

O conceito de nulidade manifesta e de injustiça notória, autorizadores da revista, tanto no cível como no crime, foi definido pelo artigo 8º de Decreto de 20 de

⁶²⁴ *Id.* p. 74.

lhe concedeu a mesma prerrogativa. Não houve portanto, durante largo tempo, enquanto vigorou a Constituição do Império, um tribunal que unificasse a jurisprudência. E o que é mais grave: como o poder de interpretação legal jamais foi exercido pelo Legislativo, a prerrogativa terminou absorvida pelo Executivo, durante todo o Império.”⁶²⁸

De qualquer forma, com a instituição da República foi abolido o Supremo Tribunal de Justiça e, implicitamente, portanto, suprimida a revista. Em lugar dela, a legislação republicana criou recurso filiado ao *writ of error* do Direito Norteamericano. Mário Guimarães, em monografia sobre o tema, explica:

“Com a legislação republicana, assentada em novas bases a estrutura judiciária do país, desapareceu a revista no nível, e surgiu, para supri-la a falta, o recurso extraordinário. João Monteiro, entretanto, continuou a dar a este o nome de revista, no que não foi seguido pelos demais autores. As leis, daí por diante, também silenciaram.”⁶²⁹

Apenas em 1923 foi recriada a revista, pelo Decreto nº 16.271, de 20 de dezembro de 1923, que organizou a justiça do Distrito Federal, com feição diversa, cabível contra sentenças definitivas transitadas em julgado quando houvesse a violação legal, omissão de termos ou formas essenciais do processo ou manifesta divergência na interpretação da lei entre julgados de Câmaras distintas. Não era possível apreciar matéria fática na revista.

O Código do Distrito Federal contemplou a revista, que foi abolida pelo Decreto nº 5.053, de 6 de novembro de 1926, e restabelecida pelo Decreto revolucionário nº 21.228, de 31 de março de 1932, sem qualquer restrição quanto ao exame de matéria de fato. Em 1936, foi promulgado o Decreto federal nº 319, que ampliou o cabimento da revista, por violação e por divergência (até da mesma Corte).

Só que, consoante explica Mário Guimarães, esse decreto não foi bem recebido nos Estados, que passaram a entender que ele só se destinava ao Distrito

⁶²⁸ *Op. Cit.* p. 232.

⁶²⁹ GUIMARÃES, Mário. *Recurso de Revista*. pp. 8-9.

Federal. O próprio Supremo Tribunal Federal considerou a norma, “em certos passos, atentatória do princípio federativo, que a Constituição de 34 mandara respeitar”⁶³⁰.

Em 1939, sobreveio o Código de Processo Civil que previu o cabimento da revista no artigo 853⁶³¹. O objetivo do recurso passou a ser unicamente o de uniformizar a jurisprudência, já que o recurso extraordinário absorveu a função de proteger o ordenamento jurídico, evitando o desrespeito às leis federais e tratados, em nome do federalismo. Mário Guimarães bem nota que do “antigo recurso de revista qual o consagrava a nossa legislação colonial, derivaram (...) dois outros recursos: o extraordinário, que mantém, mais ou menos, a mesma finalidade, e o de revista, que lhe conserva o nome”⁶³².

O Código de Processo Civil de 1973 não trouxe mais a previsão da revista, que só mantém o nome para caracterizar o recurso cabível para o Tribunal Superior do Trabalho, nos termos do artigo 896, da CLT, por violação à lei federal e à Constituição Federal e por divergência jurisprudencial.

De qualquer sorte, a preocupação com a divergência jurisprudencial não desapareceu com a revista do processo civil, pois o recurso extraordinário, já com a Reforma Constitucional de 1926, teve expressa previsão do seu cabimento quando houvesse divergência interpretativa. A redação do artigo 60, § 1º, da Constituição era a seguinte:

“Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;

⁶³⁰ *Id.* p. 16.

⁶³¹ Art. 853. “Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Cíveis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o Direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas.”

⁶³² GUIMARÃES, Mário. *Op. cit.* p. 19.

c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República;

d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.”

A alínea “c” foi acrescentada para, expressamente admitir o recurso para o Supremo Tribunal Federal na hipótese de divergência de interpretação entre os Tribunais estaduais. Passou a Corte Suprema, portanto, a ter a função de uniformizar a jurisprudência nacional, o que era e é importante, tendo em vista a unidade do direito pátrio e até a salvaguarda das leis federais e da Constituição pela melhor interpretação a ser dada pelo órgão máximo do Poder Judiciário, situado na esfera federal.

Segundo José Afonso da Silva:

“Permitir prosperasse uma jurisprudência divergente, o mesmo seria que destruir o princípio da unidade jurídica do país e possibilitar a incerteza do Direito, que o Recurso Extraordinário visa a resguardar, e a função do Supremo Tribunal Federal garantir. Por isso, mister era dar-lhe o instrumento eficaz para o exercício dessa função, conferindo-lhe também o poder de corrigir a diversidade de interpretação da lei federal por tribunais distintos, já que divergência dentro de um mesmo tribunal se corrige por meio do recurso de revista.”⁶³³

A divergência deveria relacionar-se à interpretação de lei federal, não estadual, haja vista que o recurso extraordinário só era admissível quando questionada a autoridade de lei federal. Da mesma forma, não se poderia rever decisões dos Tribunais estaduais relacionadas ao exame de matéria fático-probatória. Mas dúvidas surgiram quanto ao cabimento do recurso quando houvesse divergência de interpretação relacionada ao dispositivo constitucional. José Afonso da Silva defende que, na hipótese dessa alínea, a expressão “lei federal” abrangeria também a Constituição, “pois se

⁶³³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 35.

houver divergência de interpretação de dispositivo constitucional, o motivo do Recurso se compõe”.⁶³⁴

Daí nota-se clara semelhança com o Direito Norte-americano, no qual foi consagrado o poder de a Suprema Corte rever decisões relativas ao direito federal, justamente para preservar a supremacia da lei e a unidade, típicas do modelo federativo. Também observa-se semelhança com o *writ of error*, tanto inglês como o americano, que não serviam para o reexame de fatos e provas, mas de questões de direito.

Mas o cabimento com base nessa alínea levou a questionamentos outros como o da atividade interpretativa do juiz e o da diversidade cultural do país. Poder-se-ia pensar ser impossível falar em interpretação uniforme da norma jurídica em um país como o Brasil, marcado por diversidades regionais. Todavia, como bem destaca José Afonso da Silva, não há, no nosso País, diversidade de cultura, mas “aspectos diversos do mesmo sistema cultural”⁶³⁵.

Também poder-se-ia pensar que a uniformização da jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal levaria a uma obediência cega às decisões do Supremo Tribunal Federal e ao “engessamento” da atividade interpretativa do juiz, que passaria a ser baseada nos precedentes. Mas não é isso que se busca com o cabimento do recurso extraordinário por divergência, não significando que os órgãos jurisdicionais inferiores sejam obrigados a seguir a doutrina do Supremo Tribunal Federal, até porque, segundo José Afonso da Silva, isso seria “substituir a fixidez das normas escritas pela fixidez da jurisprudência”⁶³⁶, esvaziando a norma jurídica do seu conteúdo fático-axiológico. Os juízes inferiores, assim como os do Supremo Tribunal Federal, continuam livres na apreciação do caso concreto e na valoração das normas jurídicas⁶³⁷.

O que se busca, na realidade, é dar à norma jurídica um único sentido entre os vários que se lhe podem atribuir, sempre relacionando a unidade com a constância da realidade social que, se alterada, levará a outros posicionamentos, por parte, até e principalmente, do Supremo Tribunal Federal.

⁶³⁴ *Id.* p. 228.

⁶³⁵ *Id.* p. 229.

⁶³⁶ *Id.* p. 231.

⁶³⁷ Não cabe, no presente estudo, fazer considerações aprofundadas sobre a atividade interpretativa do juiz. Para mais detalhes. Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Também nosso *Aplicação e Interpretação das Normas de Direito do Trabalho* in SILVA, Alexandre Vitorino da *et al. Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. pp. 275 e segs.

Já à época, exigia-se a comprovação da divergência, por meio de certidões. Vários juristas reprovaram essa exigência, entre os quais Carlos Maximiliano, sob fundamento de que não seria possível, no curto prazo do recurso, obter cópia autenticada de decisões de outros Estados, bem como por não se tratar de discussão sobre fatos⁶³⁸.

A tendência do Supremo Tribunal Federal foi, todavia, aceitar também a exigência de comprovação de divergência por meio de indicação da fonte de publicação em revista ou folha oficial. Se a fonte não fosse oficial, a presunção de fidelidade da publicação era *juris tantum*, cabendo à parte recorrida comprovar a falsidade.

Ainda na hipótese de divergência, poderia o recurso ser interposto pelo próprio Tribunal ou pelo Procurador Geral da República. Foi a criação do recurso *ex officio* para o Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1934 manteve com algumas alterações o recurso extraordinário por divergência, dispôs o artigo 76, 2, III, da Constituição, que competia à Corte Suprema *judicial*, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância⁶³⁹:

“(…)

d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal.

(…)

Parágrafo único. Nos casos do nº 2, III, letra d, o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.”

Foram, assim, ampliadas e precisadas as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário por divergência jurisprudencial, na letra “d”. A interpretação deveria ser definitiva e de Tribunais de Estados (e também Distrito Federal e

⁶³⁸ Cf. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Op. cit.* p. 222.

⁶³⁹ A expressão “única ou última instância” será melhor analisada quando dos comentários à Constituição de 1988.

Territórios) diferentes do prolator da decisão recorrida. Passou-se a admitir, ainda, divergência com julgados do Supremo Tribunal Federal ou outros Tribunais federais.

Essa alteração também ilustra a preocupação com a observância das decisões do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais federais, essenciais à manutenção do modelo federativo, e à afirmação do papel da Suprema Corte, bem como à função de unificar a interpretação acerca das leis federais.

O recurso *ex officio* não só foi mantido, no caso de divergência, como também foram ampliadas as hipóteses de interposição. Não só o Procurador Geral da República poderia interpor o recurso, mas o Ministério Público, compreendidos os Procuradores Gerais das justiças estaduais.

A Carta de 1937 manteve o cabimento do recurso por divergência jurisprudencial (letra “d”), com pequenas modificações de texto que não alteraram o sentido da norma de 1934, e o recurso *ex officio*, tão criticado, não foi mais previsto na Carta de 1937.

A Constituição de 1946, no artigo 101, III, previa competir ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância⁶⁴⁰ por outros tribunais ou juízes:

“(…)

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.”

A letra “d”, acerca do cabimento por divergência jurisprudencial, já fora “corrigida” pela Constituição de 1934, que passou a admitir o recurso quando a decisão recorrida interpretasse em desconformidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, houve uma ampliação das hipóteses de cabimento, prevendo a Carta de 1946, na letra “d”, o recurso extraordinário quando a decisão recorrida desse interpretação diversa da do Supremo Tribunal Federal e de *outros*

⁶⁴⁰ A expressão “última ou única instância” será melhor analisada quando do estudo do recurso extraordinário na Constituição de 1988.

Tribunais, não limitados, como na Constituição de 1934, aos de Apelação de Estados diferentes e do Distrito Federal ou dos Territórios.

Nota-se, todavia, que o recurso extraordinário por divergência permaneceu incabível quando a decisão recorrida discrepasse de entendimento adotado pelo mesmo Tribunal, justamente porque ao Supremo Tribunal Federal competia unificar a interpretação em nível nacional, não no âmbito do próprio Tribunal prolator da decisão impugnada.

E, em 28 de agosto de 1963, Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal passou a prever as súmulas de jurisprudência predominante, com caráter meramente persuasivo (e não vinculativo). De qualquer sorte, sobressai o interesse em se consolidarem os entendimentos dominantes para que fosse facilitada a observância pelas Cortes inferiores.

A Constituição de 1967, no que toca à divergência, manteve o cabimento do recurso, nos moldes da de 1946, com pequenas alterações de estilo, que em nada modificaram o conteúdo.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, substituiu a Constituição de 1967⁶⁴¹, adaptando vários atos institucionais e complementares.

Com a Emenda, o recurso extraordinário passou a ser regulado pelo artigo 119, III:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

⁶⁴¹ Há os que dizem, como Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*. v. I. p. 16), não ter a Emenda Constitucional 1 substituído a Constituição de 1967, mas, apenas, complementado-a. Entendemos, todavia, que houve, na prática, uma verdadeira substituição, tendo em vista que o artigo 1,

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º. As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d* deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie ou valor pecuniário.”

Foi mantida a redação do artigo 114, III, da Constituição anterior. A grande novidade foi a inclusão do § 1º, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para regular o cabimento do recurso extraordinário nas hipóteses de violação à Constituição, lei ou tratado, e de divergência jurisprudencial.

Era hipótese de exercício de função normativa pelo Supremo Tribunal Federal por delegação direta da Constituição Federal. Observa-se, da leitura do referido parágrafo, já uma preocupação em limitar o cabimento do recurso extraordinário⁶⁴², dando ao intérprete máximo da Constituição, a quem incumbe o seu julgamento e que bem conhece o recurso, a possibilidade de “indicar” quais as causas seriam por ele apreciadas. Mas essa possibilidade de regulamentação estava restrita às alíneas “a” e “d”.

Nas hipóteses de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (alínea “b”) e discussão sobre a constitucionalidade de lei ou ato de governo local, em face da Constituição ou de lei federal (alínea “c”), o recurso extraordinário seria sempre cabível. A preocupação do legislador foi, também, a de não esvaziar a função do recurso em casos nos quais estivesse em jogo a compatibilidade de normas federais com a Constituição e de normas locais com a Constituição e a legislação federal.

O artigo 308, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que entrou em vigor em 15 de outubro de 1970, elencou hipóteses em que era incabível recurso extraordinário:

“Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou discrepância manifesta da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, não

da Emenda, dispunha que “A Constituição de 24 de janeiro de 1967 passa a vigorar com a seguinte redação”.

⁶⁴² José Afonso da Silva já sob a égide da Constituição de 1946 (*Op. cit.* pp. 31 e segs.) falava em “crise” do recurso extraordinário, fruto do grande número de processos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso (*Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. pp. 57 e segs.).

caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas:

I — nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com êles relacionadas;

II — nos litígios decorrentes:

a) de acidente do trabalho;

b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição.

III — nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito;

IV — nas causas cujo benefício patrimonial, determinado segundo a lei, estimado pelo autor no pedido, ou fixado pelo Juiz em caso de impugnação, não exceda, em valor, de sessenta (60) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes os pronunciamentos das instâncias ordinárias; e de trinta (30), quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.”

O Regimento Interno, ao regulamentar o § 1º, do artigo 119, da Constituição da República, resguardou e ressalvou das restrições as hipóteses de ofensa à Constituição ou discrepância da decisão recorrida com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra clara preocupação em impor limites sem retirar finalidades primordiais do recurso extraordinário, além das consignadas nas alíneas “b” e “c”, de guarda da Lei Maior, como a de uniformizar a interpretação das normas legais.

Ou seja, ficou, mais uma vez clara, a intenção do legislador em impor o respeito às decisões dominantes no âmbito do Supremo Tribunal Federal — preocupação com a uniformidade jurisprudencial.

A Emenda Regimental nº 3, de 12 de junho de 1975, alterou a redação do art. 308:

“Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu artigo 119, parágrafo único, das decisões proferidas:

I — Nos processos por crime de contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas;

II — nos habeas-corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade;

III — nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito;

IV — nos litígios decorrentes:

a) de acidente de trabalho;

b) das relações de trabalho mencionadas no artigo 110 da Constituição;

c) da previdência social;

d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental;

V — nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares;

VI — nas execuções por título judicial;

VII — sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação;

VIII — nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única.”

O mesmo Regimento Interno, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985, passou a prever, no artigo 325:

“Nas hipóteses das alíneas ‘a’ e ‘d’ do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário:

I — nos casos de ofensa à Constituição;

- II — nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal;
- III — nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão;
- IV — nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior;
- V — nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos;
- VI — nos mandados de segurança julgados originalmente por Tribunal Federal ou Estado, em matéria de mérito;
- VII — nas ações populares;
- VIII — nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura;
- IX — nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito;
- X — nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material;
- XI — em todos os demais feitos, quando reconhecida a relevância da questão federal.”

Mais uma vez, restrições foram impostas ao cabimento do recurso extraordinário que, à primeira vista, esvaziariam o seu conteúdo, mas que, ao contrário e em tese, aumentaram a sua importância, de fiel fiscal da legislação federal e da Constituição da República.

A grande inovação, entretanto, foi trazida em 1977, com a alteração da redação do § 1º do artigo 119, pela Emenda Constitucional nº 07/77:

“§ 1º. As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d* deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário ou relevância da questão federal.”

O recurso extraordinário, nesses casos, observaria mais restrições impostas pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a

natureza, a espécie, o valor pecuniário e agora, também, a *relevância da questão federal*, no tocante ao cabimento por violação à lei e por divergência jurisprudencial.

Para aferir se a questão era ou não relevante, à época, criou-se a chamada “arguição de relevância da questão federal”, suprimida pela atual Constituição.

Essa arguição, introduzida pela Emenda Regimental nº 3, de 12.6.1975, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, deveria ser feita em capítulo destacado da petição do recurso extraordinário e o seu exame era anterior ao do recurso. Funcionava como um pré-requisito de admissibilidade. Doreste Baptista explica:

“Do ponto de vista processual, poder-se-á dizer que a ‘arguição de relevância’ é um procedimento recursal específico, destacado do recurso extraordinário, que tem a finalidade de subir ao Supremo Tribunal Federal levando a mensagem da relevância, cujo acolhimento abrirá as portas do Pretório ao recurso de que proveio.”⁶⁴³

A questão federal era tida como relevante, nos termos do artigo 327, do RISTF⁶⁴⁴, quando, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigisse a apreciação do recurso extraordinário. Era examinada na sessão do Conselho, no Supremo Tribunal Federal, previamente ao recurso propriamente dito⁶⁴⁵.

Muitas críticas foram feitas à arguição de relevância, que poderia levar à absoluta discricionariedade do Supremo Tribunal Federal na apreciação do recurso extraordinário. E, de fato, dependendo da regulamentação dada pelo Supremo Tribunal Federal, havia risco de redução considerável das hipóteses de cabimento do recurso e esvaziamento da sua tradicional função relacionada à manutenção do federalismo. Mas consoante já anotado, um maior risco poderia advir do excesso de processos levados à

⁶⁴³ BAPTISTA, Doreste N.. *Da Arguição de Relevância no Recurso Extraordinário*. p. 38.

⁶⁴⁴ Com a redação dada pela Emenda Regimental nº 02/85.

⁶⁴⁵ Interessante notar que a admissão da arguição de relevância não importava no necessário exame do recurso extraordinário. Tanto é assim que, se o recurso fosse denegado, mesmo se procedente a arguição de relevância, seria necessária a interposição de agravo de instrumento. Nesse sentido — STF — Agrag 146435. Rel. Min. Francisco Rezek. DJ de 26-9-97. 2 Turma. E, no sentido de que a arguição de relevância não é um meio de impugnação das decisões judiciais — STF — AgrRE 90155. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. DJ de 11-12-78. 1 Turma.

apreciação da Suprema Corte⁶⁴⁶. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso fala da necessidade de filtragem dos processos:

“De todo modo, parece indisputável que algum tipo de *controle, filtro* ou *triagem* há de existir para o acesso às Cortes Superiores, quanto mais não seja ante a evidente desproporção entre o número de seus Ministros e o volume de processos que, de outro modo, ali aportariam, sem um critério distintivo ou regulador; outrossim, a singela alternativa do aumento do número de julgadores, sobre não resolver o problema, acarretaria a indesejável *macrocefalia* da estrutura do Poder Judiciário, *de per si* já bastante avantajada.”⁶⁴⁷

De qualquer sorte, o certo é que a Emenda de 1977, ao contrário da sistemática anterior, incluiu expressamente o recurso por divergência na exceção da argüição de relevância, o que deve ser entendido como tentativa de purificar o recurso e evitar que o Tribunal ficasse desgastado com o exame de todos os casos.

Ainda a Emenda 7, de 1977, previu o instituto da representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para interpretação, pelo qual o Tribunal poderia interpretar, em tese, leis ou atos normativos federais ou estaduais. Era atividade judicial de natureza preventiva, quanto à interpretação de disposição legal, relativa a conflito de interesses ainda não instaurado.

E na mesma linha, a Emenda 7, de agosto de 1978, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispôs que essas decisões tomadas em processos não contenciosos iniciados mediante representação do Procurador-Geral, passariam a ter efeito vinculante. Rodolfo de Camargo Mancuso bem destaca:

“Neste passo, interessante paralelo pode-se traçar entre a técnica dos assentos obrigatórios, vigorantes no Brasil Império, e a inovação advinda com a EC 07-77, promulgada sob a vigência do A.I. 05-68, pela qual se alterara a alínea *l* do art. 119, I, da EC 06-69, dando ao STF competência para

⁶⁴⁶ Não se está aqui a defender, até por não ser objeto específico do estudo, a argüição de relevância. Apenas tenta-se demonstrar os dois lados da moeda. Pelo contrário, tem-se que o valor que não deve, jamais, ser posto em risco por uma eventual discricionariedade judicial é a segurança jurídica, essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito.

⁶⁴⁷ *Id.* p. 67.

processar e julgar representação do Procurador-Geral da República voltada à fixação da ‘interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual’, valendo lembrar que o Regimento Interno do STF à época (Emenda 7, art. 9º) dizia que tal interpretação tinha ‘força vinculante, implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado’.⁶⁴⁸

Antes, ainda, da atual Constituição, até a revogação pela Lei nº 7033, de 05 de outubro de 1982, a CLT (Decreto-Lei 5452, de 1º de maio de 1943) trazia dispositivo interessante, no artigo 902, § 1º, segundo o qual “uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízes de Direito investidos na jurisdição da Justiça do Trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo”. Os prejulgados, espécie de súmula da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, desapareceram e, hoje, também os Tribunais Trabalhistas adotam apenas a prática da edição de enunciados sumulares e orientações jurisprudenciais não vinculativas.

A Constituição de 1988 não repetiu essa regra e, no artigo 102, III, previu o recurso extraordinário:

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.”

A atual Carta Política, de 1988, criou o Superior Tribunal de Justiça, atribuindo-lhe parte da competência recursal extraordinária outrora concernente ao

⁶⁴⁸ *Op. Cit.* p. 218.

Supremo Tribunal Federal, relativa à inteireza e proteção do direito federal infraconstitucional e à uniformidade interpretativa.

A intenção da Assembléia Nacional Constituinte de 1988 foi transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional e de reduzir o volume de processos em tramitação. Retirou-lhe competência para apreciar questões atinentes à legislação infraconstitucional. Todavia, apesar da intenção, o Supremo Tribunal Federal ainda não é uma Corte Constitucional pura, apesar de apreciar, mediante recurso extraordinário, questões relacionadas à Constituição, pois a sua competência originária e para julgar recursos ordinários ainda é muito extensa, como se observa dos incisos I e II, do mesmo dispositivo⁶⁴⁹. Houve, já há época da criação do Superior Tribunal de Justiça, vozes, como a de Oscar Dias Corrêa, que alertavam para a não-resolução do problema do excesso de processos em tramitação na Corte Suprema:

⁶⁴⁹ Art. 102: “I — processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o ‘habeas-corpus’, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o ‘habeas-data’ contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do ‘exequatur’ às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente; i) o ‘habeas-corpus’, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II — julgar, em recurso ordinário:

a) o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político”.

“A criação de um Superior Tribunal de Justiça, em vez de resolver o problema, complica-lo-á: com a criação de mais de uma instância para os demandistas inconformados, suscitará graves problemas como o do Superior Tribunal de Justiça uniformizando jurisprudência, até mesmo do STF; e, abrindo as comportas do *recurso especial*, em pouco tempo causará congestionamento muito maior do que o que atualmente se critica.”⁶⁵⁰

Arruda Alvim, após anotar ser a função do recurso especial exigência do nosso modelo de Estado Federal, destaca:

“Diante da circunstância de termos *três Poderes Políticos*, a União, os Estados-membros e o Município, e de se constituir a legislação federal na *mais importante*, necessário é que exista um tribunal para fixar, com atributos de alta qualificação, o entendimento da *lei federal*. É uma Corte de Justiça que proferirá, dentro do âmbito das questões federais legais, decisões paradigmáticas, que orientarão a jurisprudência do país e a compreensão do *Direito federal*.”⁶⁵¹

Tendo que assegurar a inteireza e unificar a interpretação acerca do Direito federal infraconstitucional, criou-se, por conseqüência, um remédio similar ao recurso extraordinário, o recurso especial, cabível para que o Superior Tribunal de Justiça julgue as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

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

Nelson Nery Junior (*Op. cit.* p. 25) anota que essa competência originária e ordinária não tem a ver com “a incidência ou interpretação direta das normas constitucionais, mas sim com a manutenção da ordem constitucional pelo seu intérprete maior”.

⁶⁵⁰ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. p. 146.

⁶⁵¹ *O RESP na CF de 1988 e suas origens* in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. p. 31.

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

Assim como o extraordinário, o recurso especial tem natureza extraordinária, incluindo-se na categoria dos recursos que objetivam, de forma imediata, a proteção do direito objetivo. A função de unificar a interpretação da legislação federal infraconstitucional foi transferida para o Superior Tribunal de Justiça, como expresso na alínea “c” do artigo 105.

Não é mais cabível o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial, mas, somente, o recurso especial, e quando a matéria estiver relacionada à interpretação da legislação federal.

O cabimento do recurso extraordinário, então para reexaminar também questões relacionadas à interpretação da legislação federal, foi inserido na Reforma de 1926, a partir de quando a Corte Suprema passou a ter a função de uniformizar a jurisprudência nacional, com o intuito de manter a unidade do direito pátrio e até de salvaguardar as leis federais e a Constituição.

A divergência, desde a Reforma, deveria relacionar-se à interpretação de lei federal, não estadual, haja vista que o recurso extraordinário só era admissível quando questionada a autoridade de lei federal. Apenas a Constituição de 1967 referiu somente *lei* e não *lei federal*. Apesar disso, sempre admitiu-se o recurso quando houvesse divergência de interpretação de dispositivo constitucional, entendendo-se a Constituição como espécie de lei federal, no sentido amplo.

Como observado, quando da análise do dispositivo à luz da Reforma de 1926, o cabimento com base nessa alínea leva a questionamentos outros como o da atividade interpretativa do juiz e o da diversidade cultural do país. Poder-se-ia pensar que é impossível falar em interpretação uniforme da norma jurídica em um país como o Brasil, marcado por diversidades regionais.

O que se busca, na realidade, é dar à norma jurídica um único sentido entre os vários que se lhe podem atribuir, sempre relacionando-se a unidade com a constância da realidade social que, se alterada, levará a outros posicionamentos, por parte, inclusive, da Corte uniformizadora.

Como também observado anteriormente, já à época da Reforma de 1926, exigia-se a comprovação da divergência por meio de certidões. Vários juristas reprovaram essa exigência, entre os quais Carlos Maximiliano, sob fundamento de que não seria possível, no curto prazo do recurso, obter cópia autenticada de decisões de outros Estados, bem como por não se tratar de discussão sobre fatos⁶⁵².

A tendência do Supremo Tribunal Federal foi, todavia, aceitar também a comprovação de divergência por meio de indicação da fonte de publicação em revista ou folha oficial. Se a fonte não fosse oficial, a presunção de fidelidade da publicação era *juris tantum*, cabendo à parte recorrida comprovar a falsidade.

A Reforma de 1926 trouxe, ainda, na hipótese de divergência, a possibilidade de o recurso ser interposto pelo próprio Tribunal ou pelo Procurador Geral da República, o que veio a ser abolido em 1937.

Em 1934, foram ampliadas e precisadas as hipóteses de cabimento de recurso extraordinário por divergência jurisprudencial. A interpretação deve ser definitiva e de tribunais de Estados (também Distrito Federal e Territórios) diferentes do prolator da decisão recorrida. Passou-se a admitir, ainda, divergência com julgados do Supremo Tribunal Federal ou outros tribunais federais.

Em 1946, ampliaram-se as hipóteses de cabimento do recurso com base na divergência, prevendo a Carta de 1946, na letra “d”, que seria admissível o recurso extraordinário quando a decisão recorrida desse interpretação diversa da do Supremo Tribunal Federal e dos *outros* Tribunais, não limitados, como na Constituição de 1934, aos de Apelação de Estados diferentes e do Distrito Federal ou dos Territórios.

Nota-se, todavia, que o recurso extraordinário por divergência não era admissível quando a decisão recorrida discrepasse de entendimento adotado pelo mesmo Tribunal, justamente porque ao Supremo Tribunal Federal competia unificar a interpretação em nível nacional, não no âmbito do próprio Tribunal prolator da decisão impugnada.

A partir da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, atribui-se competência ao Supremo Tribunal Federal para regular o cabimento do recurso extraordinário nas hipóteses de violação à Constituição, à lei ou tratado, e de divergência jurisprudencial.

⁶⁵² Cf. PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Op. cit.* p. 222.

O Supremo Tribunal Federal, como visto, no exercício da função normativa, por delegação direta da Constituição Federal, restringiu a limitação ao cabimento do recurso extraordinário às alíneas “a” (“contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal”) e “d” (“der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal”).

Exercendo esse poder regulamentar, o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Regimento Interno, consoante já anotado, resguardou o cabimento do recurso extraordinário nas hipóteses de ofensa à Constituição ou discrepância da decisão recorrida com a jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, o que demonstra, claramente, a grande preocupação em impor limites sem prejuízo da preservação das finalidades primordiais do recurso extraordinário, de guarda da Lei Maior, e de uniformizar a interpretação das normas legais.

O mesmo Regimento Interno, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985, no artigo 325, dispôs que o recurso extraordinário tinha cabimento irrestrito, entre outras hipóteses, para exame de ofensa à Constituição e divergência de interpretação da decisão recorrida com Súmula da Suprema Corte.

Hoje, só dá ensejo ao recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça a divergência de interpretação acerca da lei federal, não mais havendo um órgão uniformizador da jurisprudência dos Tribunais inferiores quanto à matéria constitucional⁶⁵³. A uniformização ocorre de forma indireta, pois o Supremo Tribunal Federal pode reapreciar decisões que tenham violado dispositivo constitucional e, assim, resolver a questão. Só não é uniformizador em sentido estrito, porque não examina o recurso considerando tão-só o fato de a decisão recorrida ser contrária à sua ou a de outro Tribunal.

De qualquer forma, foi mantida, por atribuição ao Superior Tribunal de Justiça, a tarefa de dar unidade de interpretação à legislação federal infraconstitucional, o que é de extrema importância à manutenção do modelo federativo de Estado.

⁶⁵³ Apesar de não constituir objeto do estudo, cabe referir que o recurso de revista, para o Tribunal Superior do Trabalho, é cabível também quando houver divergência de interpretação acerca de matéria constitucional, nos termos de interpretação extensiva à alínea “a”, do artigo 896, da CLT.

No exercício dessa função, o Superior Tribunal de Justiça tem imposto algumas restrições e ditado regras, como (i) a necessidade de que a divergência interpretativa seja quanto ao mesmo texto legal federal versado na decisão recorrida⁶⁵⁴, (ii) a necessidade de a divergência ser atual⁶⁵⁵, (iii) o não-cabimento de divergência interna (oriunda do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida⁶⁵⁶), (iv) a demonstração analítica da divergência jurisprudencial, pelo cotejo entre as decisões recorrida e paradigma⁶⁵⁷, (v) a comprovação da divergência, mediante certidão ou indicação do número e da página do jornal oficial ou, ainda, do repertório autorizado de jurisprudência⁶⁵⁸.

Existe hoje, portanto, alçada em nível constitucional, a garantia de que o Superior Tribunal de Justiça resolverá os dissídios jurisprudenciais, ditando a última palavra sobre a lei federal e sua interpretação. E, muito embora o STJ adote a prática se sumular determinadas decisões, o efeito da jurisprudência consolidada é meramente persuasivo, não-vinculativo.

E a preocupação em observar a jurisprudência pacificada no âmbito das Cortes Superiores fica clara também pela leitura do artigo 557, *caput* e § 1º, do CPC⁶⁵⁹, que autorizam os relatores dos processos, nos Tribunais, a negar ou a dar provimento monocraticamente aos recursos em confronto ou em consonância com a jurisprudência dominante. No mesmo sentido, o § 1º, do artigo 516, do CPC, segundo o qual o juiz não

⁶⁵⁴ Nesse Sentido, dispunha a Súmula 280/STF: “Por ofensa a Direito local não cabe recurso extraordinário”.

⁶⁵⁵ Súmula 83/STJ.

⁶⁵⁶ Súmula 369/STF: “Julgados do mesmo Tribunal não servem para fundamentar o recurso extraordinário por divergência jurisprudencial”.

⁶⁵⁷ Súmula 291/STF: “No recurso extraordinário pela letra ‘d’ do art 101, numero iii, da Constituição, a prova do dissídio jurisprudencial far-se-á por certidão, ou mediante indicação do “diário da justiça” ou de repertório de jurisprudência autorizado, com a transcrição do trecho que configure a divergência, mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

Artigo 255, § 2º, do RISTJ: “Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

⁶⁵⁸ Artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

⁶⁵⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

§ 1º- A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

receberá o recurso de apelação “quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Destoa dessa preocupação com o respeito às decisões dos Tribunais Superiores, apenas, entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶⁰ segundo o qual não cabe recurso especial (e nem embargos de divergência no âmbito interno do Tribunal) quando se alega dissídio jurisprudencial com súmula. No nosso entender, com muito mais razão, deveria ser cabível o recurso nessa hipótese (pois o desrespeito à súmula é mais grave do que a simples divergência com outra decisão).

De qualquer sorte, o que existe, efetivamente, é um instrumento de reforma da decisão contrária à jurisprudência dominante, mas não que obrigue os órgãos inferiores a seguirem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. A Emenda Constitucional 45, todavia, consoante será adiante melhor anotado, criou instrumento vinculativo da jurisprudência sumulada para o Supremo Tribunal Federal.

E, além desse instrumento constitucional (recurso especial por divergência), há outros, na legislação infraconstitucional, que também estampam a preocupação do legislador pátrio com a uniformidade jurisprudencial.

Também no âmbito recursal (tentativa de uniformizar o entendimento a partir da interposição de recurso), há os embargos infringentes nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais (artigo 530, do CPC), pelos quais, não sendo unânime a decisão que der provimento a apelação ou julgar procedente ação rescisória, órgão colegiado superior do Tribunal poderá reexaminar o julgado da própria Corte.

Os embargos de divergência, previstos nos artigos 496 e 546, do CPC, prestam-se para a uniformização da jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, sendo cabíveis para resolver os dissídios pretorianos surgidos entre os órgãos colegiados (turmas). No Tribunal Superior do Trabalho, há instrumento semelhante, previsto no artigo 894, da CLT.

Além dos instrumentos recursais, a legislação pátria prevê o incidente de uniformização de jurisprudência, nos artigos 476 e seguintes, do CPC, pelo qual objetiva-se fixar, no âmbito interno dos tribunais, o entendimento a ser adotado doravante sobre determinada questão que tenha suscitado dúvidas e divergências interpretativas. Podem suscitar o incidente de uniformização o próprio juiz, as partes e o

⁶⁶⁰ ERESP 180792-PE. Rel. Min. Franciulli Netto. Corte Especial. DJ de 27-03-2006.

Ministério Público. Apesar de prevista expressamente nos Regimentos do TST e do STJ, o do STF não o prevê.

Assim, historicamente, a maior preocupação do legislador pátrio foi a de criar mecanismos para uniformizar a jurisprudência no âmbito dos Tribunais, em especial dos Superiores (em nome da unidade da Federação), corrigindo decisões discrepantes das teses dominantes, mas sem preocupar-se tanto com a vinculação.

A maior experiência pátria recente com a vinculação das decisões está no controle de constitucionalidade, a partir em especial da Emenda Constitucional 3, de 1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade, abrangente (eficácia *erga omnes*) e vinculativa.

Essa ação foi criticada por talvez ter a sua origem na antiga avocatória, instrumento previsto na Emenda 07-77 pelo qual o Supremo Tribunal Federal podia, atendendo a pedido do Procurador Geral da República, avocar qualquer causa processada perante qualquer juízo ou tribunal, em nome do perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas. Julgando a avocatória, o STF era autorizado a suspender os efeitos de decisão proferida e conhecer integralmente da lide.

Rodolfo de Camargo Mancuso mostra os pontos favoráveis da antiga medida, revogada pela atual Constituição:

“Hoje, superado o contexto político vigente à época da EC 07-77, parece válida a avaliação de que a resistência oferecida à época contra a avocatória residia mais no temor de sua utilização exacerbada ou arbitrária, do que no próprio instituto em si, enquanto instrumento processual. Com efeito, este poderia se mostrar *útil* a mais de um título, seja contribuindo para a uniformização da jurisprudência (na medida em que ensejava uma prévia interpretação do texto controvertido, através do órgão postado na cúpula da hierarquia judiciária), seja operando no controle do afluxo dos recursos extraordinários”⁶⁶¹.

Mas a antiga avocatória e a atual ação declaratória de constitucionalidade são figuras distintas, pois esta última não objetiva a suspensão de decisões judiciais e tem finalidade unicamente jurídica (não política), servindo não para interferir

⁶⁶¹ *Op. Cit.* pp. 316-317.

diretamente nas decisões de primeira e segunda instâncias, mas para resolver problema relativo à constitucionalidade de lei, com eficácia vinculativa e *erga omnes*. Trata-se de verdadeira modalidade de processo objetivo de controle abstrato de normas.

Aliás, desde a Constituição de 1934, há, no Brasil, previsão expressa do controle abstrato de normas. O modelo da representação interventiva autorizava o Supremo a aferir a constitucionalidade do direito estadual com os princípios sensíveis.

Mantida em 1946, a representação interventiva era exclusiva de ajuizamento pelo Procurador Geral da República que agia, até a Constituição de 1988, como representante do interesse geral e dos interesses da União em juízo.

Pela Emenda Constitucional 16, de 1965, ao lado da representação interventiva, foi introduzido sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo, destinado diretamente à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, também de iniciativa do Procurador Geral da República. Gilmar Ferreira Mendes explica:

“Enquanto a *representação interventiva* pressupunha uma alegação de ofensa (*efetiva ou aparente*) a um *princípio sensível* e, portanto, um peculiar conflito entre a União e o Estado, destinava-se o novo processo à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais.”⁶⁶²

A Carta de 1967 e a Emenda Constitucional nº1, de 1969, mantiveram a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, defendendo Gilmar Ferreira Mendes que o instrumento servia tanto para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre a procedência como sobre a improcedência (pedido de declaração de constitucionalidade) do pedido.

A Constituição de 1988 manteve a legitimidade do Procurador Geral da República, mas ampliou o rol dos que podem ajuizar (em controle concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal) a ação direta de inconstitucionalidade. Gilmar Ferreira Mendes bem anota:

⁶⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. p. 69.

“A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

Em sua particular conformação, também assumiu o controle abstrato de normas novo significado federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade de leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.”⁶⁶³

A Emenda Constitucional n° 3, de 1993, expressamente introduziu no texto constitucional a ação declaratória de constitucionalidade, sua eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão, ao inserir o parágrafo 2°, ao artigo 102, da Constituição Federal⁶⁶⁴.

Considerando, todavia, a imprecisão do texto, na medida em que não contemplou expressamente a eficácia contra todos e o efeito vinculante também para a ação direta de inconstitucionalidade (o que, porém, estava implícito, pois a ação declaratória julgada improcedente equivale à procedência da direta de inconstitucionalidade), o legislador constituinte houve por bem corrigi-la com a Emenda Constitucional 45, de 2004, alterando a redação do referido parágrafo, que passou também a contemplar a ação direta de inconstitucionalidade⁶⁶⁵. Não obstante, já em 1999, a Lei n° 9868⁶⁶⁶ veio a dispor sobre os efeitos vinculantes de ambas ações.

⁶⁶³ *Id.* p. 90.

⁶⁶⁴ “§ 2º: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

⁶⁶⁵ “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

⁶⁶⁶ “Art. 28. Parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

De qualquer sorte, com a Emenda Constitucional nº3, o texto de 1988 experimentou a previsão expressa de efeito vinculante. E, em se tratando de processo objetivo, no qual não importam as partes e a demonstração de interesse jurídico específico, o Supremo Tribunal Federal ou declara a lei inconstitucional (retirando-a do ordenamento) ou considera-a constitucional (reafirmando a necessidade de seu cumprimento).

Assim, os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo devem submeter-se à conclusão sobre a constitucionalidade de lei tomada pelo Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe a última palavra sobre a compatibilidade das normas com a Constituição Federal. Gilmar Ferreira Mendes anota que, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão deve ser a de que a decisão na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (assim como a da ação direta de inconstitucionalidade e a própria cautelar nessas ações):

“A fórmula adotada pelo constituinte brasileiro não deixa dúvida, também, de que a decisão de mérito proferida na ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante para os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário.

Independentemente de se considerar a eficácia *erga omnes* como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de um instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que, declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição.”⁶⁶⁷

À luz da legislação portuguesa, J. J. Gomes Canotilho explica a obrigatoriedade e o caráter vinculativo da decisão no controle concentrado, o que se aplica ao nosso Direito:

“As decisões do TC que declarem, de forma abstracta, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade, têm **força obrigatória geral** (cfr. Art. 282-1 da CRP e art. 66 da LTC). Costuma sintetizar-se o sentido dessa fórmula recorrendo às idéias de **vinculação geral** (*Bindungswirkung*, na terminologia germânica) e de **força de lei** (*Gesetzeskraft*): (i) vinculação geral, porque as sentenças do TC declarativas da inconstitucionalidade ou da ilegalidade vinculam — mas apenas quanto à parte dispositiva das decisões e não quanto aos seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* — todos os órgãos constitucionais, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas; (ii) força de lei, porque as sentenças *têm valor normativo* (como as leis) para todas as pessoas físicas e colectivas (e não apenas para os poderes públicos) juridicamente afectadas nos seus direitos e obrigações pela norma declarada inconstitucional.”⁶⁶⁸

Em síntese, portanto, o Direito Brasileiro tem sensível preocupação com a uniformidade jurisprudencial, prevendo mecanismos, em especial pela via recursal, de evitar dissídios pretorianos e de impor a visão consolidada dos Tribunais Superiores.

Mas, apesar da preocupação, desde o abandono da legislação portuguesa e da representação para interpretação (da Constituição anterior), exceto no que toca aos processos objetivos, o legislador não previu mecanismos que tornassem obrigatório o respeito pelas decisões consolidadas dos Tribunais.

Sobreveio, então, a despeito do rumo que parecia haver a tomado a legislação, de preocupar-se (o que é uma necessidade do modelo federativo e em nome da segurança jurídica) com a uniformidade jurisprudencial sem tornar vinculativas e obrigatórias as decisões prévias e consolidadas dos Tribunais (em especial dos Superiores), com a Emenda Constitucional 4.383(c)3.740íse

Rodolfo de Camargo Mancuso bem resume a importância da adoção das súmulas vinculantes em um contexto de aproximação da *common* com a *civil law*:

“Sendo o Direito um ‘fato cultural’ no sentido largo da expressão, existente de algum modo em todos os quadrantes do planeta, não é de estranhar que no Brasil, país vinculado ao direito de tipo codicístico, hoje se registre grande interesse pela experiência jurídica dos países da *common law*, sobretudo no que concerne à inserção das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico-político. Sobrevindo tal inovação (*rectius*, ampliando-se a vinculação que a certos respeito hoje já existe), não haverá como negar que a jurisprudência, assim potencializada pela obrigatoriedade do cumprimento de seus enunciados, ficará alçada à condição de uma vera fonte formal do Direito brasileiro, atuando *em paralelo* à norma legal. Nesse entretempo, curiosamente, os países da *common law* vêm valorizando cada vez mais o Direito escrito, (...). Tudo assim confirmando, também no campo jurídico, o fenômeno da *globalização*, a permitir a assimilação mútua das duas grandes famílias jurídicas.”⁶⁶⁹

3.5.2. A súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004

Novidade da Emenda Constitucional 45, ao lado da repercussão geral, a súmula vinculante representa grande inovação, considerando a nossa experiência recursal e constitucional.

Consoante notado anteriormente, o Direito Brasileiro já experimentou a vinculação das decisões judiciais, enquanto vigentes as Ordenações Portuguesas e sob a égide da Carta anterior (Emenda Constitucional nº7, de 1977, e Emenda ao Regimento do STF 7, de 1978), com a representação interpretativa.

Mas a prática vinculativa não foi intensa, considerando que quando a legislação portuguesa deixou de ser adotada não se manteve os assentos obrigatórios lusos e a representação interpretativa, pela qual o Supremo Tribunal Federal poderia interpretar, em tese, leis ou atos normativos federais e estaduais, além de ser de

⁶⁶⁹ *Op. Cit.* pp. 202-203.

administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

De início, merece ser referido que o caminho natural já parecia ser o da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, quer pelo imenso volume de recursos repetidos que chegam ao Tribunal, versando matéria já decidida anteriormente, quer pela necessidade de um instrumento que possibilitasse a (maior) realização da segurança jurídica (evitando decisões discrepantes da linha predominante no STF).

Aliás, até em outros países doutrinadores reconhecem, há algum tempo, o elevado volume de trabalho no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Na Argentina, Augusto M. Morello consigna:

“Comprova-se, dessa forma, a intensidade de uma mesma linha de dificuldades para abastecer, a nível humano, as possibilidades reais de o Supremo Tribunal, fenômeno que exhibe notas idênticas no direito comparado que vimos confrontando, e sem medo da efetividade da defesa.

Altamente contrárias em conjugar em uma resposta de política jurídica funcional que deixe satisfeitos aos justicáveis que já têm incorporado a suas vivências um uso assíduo do recurso extraordinário.”⁶⁷⁰

É como se houvesse um certo arrependimento de não se ter aproveitado a nascente experiência portuguesa com a vinculação das decisões, à época da Independência (se bem que Portugal também abandonou o modelo). Ou, melhor, é como se houvesse uma intenção em se aproveitar também da bem sucedida experiência da *common law* com os precedentes vinculativos (já que as duas principais famílias do Direito têm se aproximado).

Para bem ilustrar a tendência, vale notar que o Supremo Tribunal Federal já vinha, antes mesmo da Emenda 45, estendendo a eficácia de suas decisões tomadas

⁶⁷⁰ MORELLO, Augusto M.. *La Nueva Etapa del Recurso Extraordinario el “Certiorari”*. pp. 78-79. Tradução nossa de: “Compruébase, al cabo, la intensidad de un mismo linaje de dificultades para abastecer a *nível humano* las posibilidades reales del Supremo Tribunal, fenómeno que exhibe notas idênticas en el derecho comparado que venimos confrontando, y *sin desmedro de la efectividad de la defensa*.

Altamente ariscas de conjugar en una respuesta de política jurídica funcional que deje satisfechos a los justiciables que ya tienen incorporado a sus vivencias un uso asiduo del recurso extraordinario.”

em controle de constitucionalidade, dispensando a aplicação do artigo 97, da Constituição Federal, segundo o qual um Tribunal, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, deve levar a questão a Plenário.

Assim, principalmente a partir do RE 190728 (Rel. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. DJ de 30-05-97), o Supremo tem entendido que, em nome da economia processual e da segurança jurídica, é disp

entendimentos discrepantes sobre a mesma tese continuem sendo tomados, o que é contra a segurança jurídica — valor fundamental do sistema processual.

Basta notar o grande número de processos que versam matérias já pacificadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que têm decisões contrárias transitadas em julgado pela circunstância de um Tribunal inferior haver decidido em desconformidade com a jurisprudência consolidada e o recurso não ser admitido por questões processuais ou procedimentais.

Nos termos do *caput* do artigo 103-A, dois requisitos essenciais devem estar preenchidos para que a súmula seja editada: (i) reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, e (ii) aprovação por dois terços ou mais dos membros da Corte, que pode agir de ofício ou mediante provocação. Nada mais lógico. Se o Tribunal busca dar à sociedade segurança jurídica, deve ter posição consolidada sobre o assunto, com a concordância da maioria dos seus integrantes.

Mas não é qualquer parte processual que poderá pedir a edição de uma súmula. O rol de legitimados, nos termos do § 2º, é o mesmo das ações diretas de inconstitucionalidade.

Interessante notar que o alcance da vinculação da súmula estende-se não só aos órgãos do Poder Judiciário, mas, também, à Administração Pública direta e indireta em todas as esferas. Nesse ponto, o princípio da separação dos poderes, estampado no artigo 2º, da Constituição Federal, corre o risco de ser ofendido. Se o Senado Federal pode recusar-se a suspender a eficácia de uma lei declarada inconstitucional incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, pelos mesmos motivos a Administração Pública não poderia ser obrigada a seguir o entendimento consolidado do Poder Judiciário.

Esse raciocínio parece-nos acertado, a princípio, do ponto de vista técnico. Em um sentido prático, entretanto, a vinculação extensiva às decisões administrativas pode representar uma economia processual, já que elas, no mais das vezes, são submetidas ao Poder Judiciário.

Ao contrário da repercussão geral, o artigo 103-A, da Constituição Federal, tem aplicação imediata. A eficácia é contida⁶⁷², pois a lei pode restringir ou

⁶⁷² Cf. classificação de José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. pp. 84/85.

regulamentar o procedimento, de forma mais detalhada. Basta notar que o *caput* do artigo 103-A fala na vinculação e na aprovação, mas ainda remete à lei a ser editada.

As súmulas já editadas, entretanto, não são alcançadas de imediato. Para isso, em respeito à norma constitucional, devem ser submetidas a nova votação quanto ao efeito vinculante⁶⁷³.

As maiores polêmicas residem no possível “engessamento” da jurisprudência do Tribunal, principalmente considerando o pequeno rol de legitimados que podem postular a revisão ou o cancelamento da súmula vinculante, o que será a seguir tratado. Some-se que, na atividade interpretativa, há a pré-compreensão, que justifica e autoriza a possibilidade de haver várias interpretações plausíveis sobre a mesma questão, sem que uma ou outra seja a certa ou a errada.

Ocorre que, consoante já analisado, no que tange ao cabimento do recurso extraordinário, considerando que o Supremo Tribunal é o guardião da Carta Política, não há falar em melhor ou pior interpretação da norma constitucional. A má interpretação equivale à não-aplicação e à contrariedade. Se o intérprete qualificado, portanto, tem um entendimento sobre uma questão constitucional, este deve prevalecer. Decisões em sentido contrário merecem reforma.

Por isso e, repita-se, considerando o grande volume de processos em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, a súmula vinculante parece ser um instrumento útil. Críticas podem ser feitas, apenas, ao restrito rol de legitimados, e deve haver cuidado quando da regulamentação legal. Mônica Sifuentes, sobre o tema, anota as vantagens da adoção da súmula vinculante:

“Atribuir força geral à súmula, mantendo a possibilidade de sua revisão, mediante mecanismos adequados, não representa retrocesso, mas evolução na forma de disciplina das relações sociais. Essa mudança de perspectiva reforça o valor das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que se avança no sentido de conferir maior estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico.”⁶⁷⁴

⁶⁷³ Art. 8º, da EC 45: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.”

⁶⁷⁴ SIFUENTES, Mônica. *Op. cit.* p. 265.

Ademais, a utilização da súmula vinculante, juntamente com o mecanismo da repercussão geral, efetivamente reduzirá e filtrará os processos endereçados ao Supremo Tribunal Federal. Basta observar que, se uma questão já tiver sido sumulada com efeito vinculante, não terá repercussão geral.

E o desrespeito à súmula vinculante não dá ensejo a recurso. Se um juiz ou Tribunal inferior não observá-la, é desnecessário pedir a revisão ao órgão superior até chegar ao Supremo Tribunal Federal. Nos termos do § 3º do artigo 103-A, cabível reclamação que, julgada procedente, determinará que outra decisão seja proferida ou anulará o ato administrativo. Há, portanto, a formação de nova relação processual, originária do Supremo Tribunal Federal, na qual será constatado o respeito ou não à normatização via súmula vinculante.

Mônica Sifuentes, analisando a questão, destaca que é cabível reclamação também quando a Administração não observar uma súmula vinculante:

“Como a súmula vinculante é de observância obrigatória também para a Administração Pública, a EC nº 45-2004 prevê o cabimento de reclamação não apenas contra a decisão judicial, mas também contra o próprio ato administrativo que a contrariar ou mal aplicá-la. Não se exige, portanto, que o ato administrativo tenha caráter decisório, o que significa que a reclamação poderá ser interposta contra qualquer ato administrativo, como por exemplo uma cláusula de contrato administrativo que esteja em desacordo com a súmula vinculante. Nesse caso, em respeito ao princípio da separação dos Poderes, a decisão do Supremo Tribunal Federal, na reclamação, será apenas de anulação do ato administrativo, ficando a critério da Administração praticar outro, em conformidade com a súmula.”⁶⁷⁵

De qualquer sorte, consoante abertura deixada pelo legislador ordinário na Lei abaixo comentada, a previsão do cabimento da reclamação não exclui a utilização de recursos e outros meios de impugnação judicial, e nem poderia ser diferente. Isso porque, contra o desrespeito caberá a reclamação, mas contra a má aplicação, não.

⁶⁷⁵ *Id.* p. 263

Ou seja, quando o magistrado não aplicar a súmula a hipótese que demandasse a aplicação, aplicar a hipótese que não demandasse a aplicação, ou, a partir de interpretação equivocada, aplicar ou não o entendimento da súmula, a parte deve utilizar-se da via recursal (e destaque-se que reclamação não é recurso), mostrando que a hipótese fática é distinta da considerada pelo juiz, o que acarretou a má aplicação da súmula.

Se assim não for, e todos os casos de má aplicação e discussões sobre a incidência ou não da súmula considerando as hipóteses fáticas dos casos concretos forem considerados de desrespeito à súmula, o Supremo Tribunal não fará mais nada além de julgar reclamações (e a competência da mais alta Corte nacional é muito mais ampla).

3.5.3. A natureza da súmula vinculante

Conforme já referido, as normas⁶⁷⁶ representam determinada situação objetiva, hipotética, enunciando hipótese que produz conseqüências jurídicas. Tanto os princípios, positivados ou gerais do direito, como as regras jurídicas reproduzem essa estrutura de norma. A lei é a expressão ou de uma norma, regra ou um princípio positivado.

Nesse sentido, tem-se que a súmula não é norma.

Consoante já tratado, os países de tradição romano-germânica, ao contrário da *common law*, tradicionalmente sempre tiveram preocupação maior com a existência de normas gerais reguladoras da sociedade, cabendo ao juiz a atividade interpretativa ou integrativa, apenas.

Uma maior função criadora do juiz é marca da *common law*, na qual os magistrados constroem as decisões muitas vezes sem base legislativa e essas decisões passam a servir de base para outras futuras (precedentes).

⁶⁷⁶ Não se pretende, aqui, adentrar a polêmica definição de norma jurídica. Adota-se definição formal (segundo Bobbio, independente do conteúdo da norma, na sua estrutura — *Teoria da Norma Jurídica*. pp. 69 e segs.), considerando a norma como prescrição caracterizada pela imperatividade, estatualidade, abstração e coatividade. Isso, não obstante críticas que as teorias tradicionais, em especial as que enfatizam a generalidade e a abstração sofrem (cf. Bobbio. *Teoria da Norma Jurídica*. pp. 180-181).

Nos países da *civil law*, por outro lado, os magistrados, respeitada a divisão entre os Poderes, criam, no máximo, norma específica que só vale para aquele o caso concreto examinado.

A sucessão de decisões em um mesmo sentido levou à adoção da prática de sumular determinadas matérias, consolidando o entendimento dos Tribunais, para facilitar o trabalho dos jurisdicionados e julgadores e tornar público o sentido da jurisprudência majoritária do Tribunal, dando segurança jurídica a todos (previsibilidade do sentido interpretativo da norma).

Aliás, vale lembrar que já nas Ordenações Portuguesas os assentos tinham essa função e chegaram a ser obrigatórios.

De qualquer sorte, as súmulas são construções feitas a partir da jurisprudência do Tribunal, que, por sua vez, é formada a partir da interpretação das normas jurídicas.

Tenham as súmulas efeito vinculante ou não, o certo é que elas não brotam do nada e de nenhuma atividade criadora do Tribunal, em exercício de atividade legislativa em sentido estrito ou criadora de normas, enquanto preceitos gerais destinados a regular as condutas sociais. Após reiteradas decisões em um mesmo sentido, todas fruto do julgamento de casos concretos a partir da aplicação das normas existentes, o Tribunal consolida o entendimento em um enunciado de forma sucinta e objetiva.

Não há, portanto, usurpação de competência legislativa ou atividade criadora dos magistrados na edição de súmulas de jurisprudência. Basta notar que o legislador pode vir a alterar o conteúdo de uma súmula editada por um Tribunal, editando norma expressa em sentido contrário. E, também, o próprio Tribunal poder vir a mudar o seu entendimento (pela melhor apreciação da matéria ou pela alteração da sua composição, por exemplo) a partir do julgamento de um dado caso concreto.

No sentido de que a súmula não é norma geral, mas método de trabalho resultado da atividade interpretativa do Tribunal, Victor Nunes Leal correta e objetivamente anota:

“Cuidando ainda da Súmula como método de trabalho — aspecto em relação ao qual seria até indiferente o conteúdo dos seus enunciados —, é oportuno mencionar que estes não devem ser *interpretados*, isto é,

esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal.”⁶⁷⁷

Certo que a súmula não é norma geral criada pelo Poder Judiciário, na medida em que é fruto da atividade interpretativa do Tribunal a partir de casos concretos, cabe a investigação de se, ainda que dotada de eficácia vinculante, não tem caráter normativo.

Jorge Miranda⁶⁷⁸ classifica os atos jurisdicionais em atos de conteúdo normativo e atos de conteúdo não-normativo. Aqueles são os que, no Direito Português, abrangem as declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade, e estes são as sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias.

Castanheira Neves, sobre os atos jurisdicionais normativos (em especial os assentos portugueses) explicita que devem ser oriundos de um tribunal, em exercício de atividade jurisdicional, mas que acaba por ultrapassar o caráter estrito da típica atividade para prescrever uma norma jurídica destinada não mais à solução de um dado caso concreto, mas a uma aplicação geral e futura⁶⁷⁹.

Mônica Sifuentes, em síntese e a partir dessas lições, conclui que a súmula vinculante tem caráter normativo:

“O que diferencia, portanto, um ato jurisdicional do outro é a sua normatividade, ou seja, a sua capacidade de extrapolar as fronteiras do caso julgado, projetando-se no ordenamento jurídico com os atributos de generalidade e abstração. A esse requisito se deve acrescentar a obrigatoriedade, que, em interpretação mais restrita, alcançaria apenas os atos jurisdicionais dotados de oponibilidade *erga omnes*, como é o caso, no Brasil, das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade. Em sentido pouco mais amplo, poder-se-ia classificar como ato normativo da função jurisdicional a súmula vinculante, que, embora não tenha efeito *erga omnes*, é

⁶⁷⁷ *Op. Cit.* p. 291.

⁶⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. p. 25

⁶⁷⁹ NEVES, Antonio. Castanheira. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. pp. 274-275.

obrigatória não apenas no âmbito dos tribunais, mas também é oponível à Administração Pública.”⁶⁸⁰

Nota-se que a normatividade foi caracterizada como a capacidade de extrapolar os limites do caso julgado, projetando-se no ordenamento jurídico com os atributos de generalidade e abstração.

Discordamos, nessa linha, da atribuição de caráter normativo às súmulas, ainda que dotadas de efeito vinculante⁶⁸¹. Isso não por faltar, eventualmente, às súmulas legitimidade⁶⁸², mas por não se destinarem à previsão geral, abstrata e *erga omnes* de determinada situação objetiva para a qual há dada consequência jurídica.

Concordamos em parte com Calmon de Passos, segundo o qual:

“O tribunal, ao fixar diretrizes para seus julgamentos, necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores precisamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que ela se revista — súmula, súmula vinculante, jurisprudência predominante, uniformização de jurisprudência ou o que for, obriga. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com ela, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõe à lei, nem restringe o poder de interpretar e de definir os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firma um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.”⁶⁸³

⁶⁸⁰ *Op. Cit.* p. 277.

⁶⁸¹ Lembre-se que o termo *norma* é equívoco. Adota-se, aqui, o sentido de uma prescrição com características de generalidade e abstração, destinadas a regular determinada situação objetiva para a qual há dada consequência jurídica.

⁶⁸² Até porque poder-se-ia pegar de empréstimo a idéia de regra de reconhecimento de Hart, que se traduz na aceitação dos preceitos normativos pela sociedade (fato de legitimação do sistema jurídico). HART, Herbert L.A.. p. 143.

⁶⁸³ *Súmula Vinculante in* Gênese — Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: setembro/dezembro de 1997. p. 633.

As súmulas são, na verdade, a fixação de determinado sentido interpretativo a dada norma, vinculado à hipótese fática que deu origem a esse sentido interpretativo.

Vincula-se não a atividade jurisdicional pela criação de uma norma, mas, a partir do estabelecimento de um sentido interpretativo, vinculam-se as decisões futuras a esse sentido. Apenas isso. Trata-se mais de problema de política judiciária do que do estabelecimento de normatização nova pelo Poder Judiciário.

A atribuição do efeito vinculante à súmula não muda a sua natureza de decisão jurisdicional consolidada a partir da repetição sistemática de entendimentos em um mesmo sentido.

Cria-se, no máximo, uma norma de decisão⁶⁸⁴, específica para um caso concreto que, em razão da repetição de hipóteses idênticas, vincula a interpretação de casos futuros. Não se cria proposição hipotética, abstrata e geral, que não se confunde com obrigatoriedade de seguir determinado entendimento sobre o assunto.

3.5.4. A função da súmula vinculante

A súmula vinculante tem três funções principais. A primeira, da mesma forma que as súmulas em geral, é tornar conhecida a jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, facilitando a sua observância. A segunda, evitar que sejam tomadas decisões discrepantes da sumulada, por economia, celeridade processual e política judiciária. A terceira, dar segurança jurídica ao sistema e às relações sociais.

Economia e celeridade porque é absolutamente desnecessário que o Tribunal, que já consolidou o entendimento pacífico da Corte em uma súmula, após grande debate e apreciação de inúmeros casos (amadurecimento da tese), tenha que

⁶⁸⁴ Segundo Canotilho, “uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização judicial); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em

reapreciar constantemente a questão levada ao seu conhecimento pela via recursal. O § 1º do artigo 103-A, da Constituição Federal deixa bem clara a intenção de evitar “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

É certo que todos os recursos, além da função pública, carregam o interesse privado (basta notar que são voluntários), mas, em nome da economia e da celeridade processual, não há motivo que justifique que, em nome da vontade da parte e apenas para satisfazê-la, reexamine decisão em conformidade com a jurisprudência sumulada.

Some-se que a garantia de um processo célere e efetivo foi alçada em nível constitucional, com a inserção, também pela Emenda 45, da alínea LXXVIII, no artigo 5º, segundo a qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em nome, portanto, da celeridade e da economia processual, valores maiores, que beneficiam a todos e não apenas aos que querem levar a questão pela via recursal ao Supremo Tribunal e aos outros Tribunais inferiores, eventualmente, a súmula vinculante justifica-se.

O respeito à jurisprudência sumulada da Suprema Corte, que deveria ser espontâneo, também justifica-se por razões de política judiciária, já que os Tribunais inferiores, até por poderem ter suas decisões revistas e em nome da uniformidade jurisprudencial que se impõe (notadamente, quanto à normas constitucionais), devem obedecer o entendimento consolidado da Corte Superior.

Também, e essa a primeira função enumerada, para que todos tenham conhecimento do sentido da jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, é essencial que as súmulas sejam editadas, o que não é um privilégio específico das vinculantes, mas de todas.

E, mesmo sem a força vinculativa, as súmulas já desempenhavam esse importante papel e otimizavam os julgamentos no Supremo Tribunal Federal (que não precisa debater novamente teses já apreciadas). Merece referência o ensinamento de Aliomar Baleeiro sobre o assunto (à luz, ainda, da Constituição anterior):

“A *Súmula* não se baseia na solução provocada por uma dúvida, mas na predominância sobre cada tese controvertida, de sorte que, como no *stare decisis*, o Supremo se inclina a julgar do mesmo modo sem novo debate. Este, porém, pode ser reaberto pela iniciativa de três ministros. Por outro lado, os relatores por simples despacho podem arquivar recursos extraordinários e agravos de instrumento, que pleiteiem decisão em contrário à *Súmula*. Desse modo, além de servir à estabilidade e à comunidade da jurisprudência, também presta inestimável serviço ao descongestionamento do Supremo Tribunal, que desperdiçava horas para julgar pela vigésima e até centésima vez se o imposto sobre vendas recaía sobre máquina de costura, etc., etc. A despeito da *Súmula* ainda há negociantes que vêm ao Supremo Tribunal para que lhes dê segurança contra as contribuições exigidas pelo IAPI ou pelo IAPC. Isso está a mostrar a eficácia da *Súmula*.”

Pertenço ao rol dos que aplaudem a *Súmula* como um progresso importante na história do Supremo, contanto que se lhe não atribua rigidez incompatível com a evolução e a atualização do Direito. A atitude incompatível para com ela há de ser a de relatividade, como a Corte Suprema dos Estados Unidos pratica em relação ao princípio do *stare decisis* (...).⁶⁸⁵

Victor Nunes Leal também explica que:

“Na *Súmula*, o Supremo Tribunal inscreve, em enunciados distintos, devidamente classificados por assunto, o seu entendimento sobre as questões mais controvertidas na jurisprudência e sobre as quais o Supremo Tribunal chegou a uma opinião firme, em face da sua composição contemporânea, ainda que não compartilhada por todos os Ministros. Não é uma interpretação obrigatória para os outros tribunais, mas é um método de divulgação oficial da nossa jurisprudência, de consulta e manuseio extremamente fáceis, permitindo aos interessados conhecer, de imediato, sobre as questões compendiadas na *Súmula*, qual é o pensamento atualmente dominante no Supremo Tribunal Federal.”⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*. pp. 127-128.

⁶⁸⁶ LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. pp. 50-51.

A terceira função é dar segurança ao sistema jurídico e às relações sociais, e o § 1º, do artigo 103-A, da Constituição Federal, deixa bem clara a intenção ao prever que a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais haja controvérsia atual acarretando “grave insegurança jurídica”.

Isso porque, consoante já visto em tópico específico, além da existência de normas, é preciso que haja uma definição sobre o sentido da norma, pelo intérprete qualificado (Poder Judiciário) para que seja criada a norma para o caso ou situação concreta e, então, terminadas as dúvidas e as inseguranças que parem sobre determinada relação ou bem da vida.

A segurança jurídica é valor estampado em princípios constitucionais e deve ser assegurada. O ordenamento brasileiro, assim como o português, sempre ligou essa garantia à existência de normas gerais e à consolidação da norma individual com o trânsito em julgado, preocupando-se menos com a vinculação de decisões precedentes.

Ao contrário, o Direito Inglês e o Norte-americano, consoante já notado, preocuparam-se menos com a segurança jurídica estampada em normas gerais e supostamente exaustivas, reguladores das condutas sociais, e mais com a criação da norma para o caso concreto, que, enquanto norma (não individual, apenas), vincula as futuras decisões.

O trânsito em julgado, assim, nos países da *common law*, tem uma feição diferente, pois não só traz a segurança para aquele caso concreto, mas ganha importância por consolidar precedente que será considerado por outras decisões, da mesma Corte e dos órgãos inferiores.

A preocupação em adotar precedentes vinculativos, pelo Direito Brasileiro, não demonstra uma ruptura com a tradicional corrente da *civil law*, em abandono à teoria da separação dos Poderes ou em alteração na estrutura legislativa (que, agora, passaria a ser desenvolvida pelos Tribunais). Muito pelo contrário.

A súmula vinculante, e aí a sua terceira e fundamental função, reflete a necessidade de assegurar, de uma outra forma, a segurança jurídica. A experiência mostrou que, além da celeridade e economia processuais, a súmula vinculante é essencial para que se tenha outra forma de dar segurança jurídica ao sistema.

Existe a norma geral (emanada da autoridade competente, sem ruptura ao princípio da separação dos Poderes) que, interpretada por quem também competente

(Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal), dá origem a uma decisão que, se refletir a posição dominante na Corte, será vinculativa, obrigando, além do próprio Tribunal, os órgãos inferiores do Poder Judiciário e os administrativos. Tudo isso para que não haja discrepância do posicionamento consolidado do Supremo Tribunal e cause insegurança jurídica, com decisões em diferentes sentidos.

Calmon de Passos bem ensina que:

“O direito de impugnar qualquer decisão judicial é direito fundamental, decorrência necessária e essencial do sistema democrático, que impõe o império da lei e repugna toda e qualquer forma de arbítrio. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle a decisão, soberana seria a autoridade, não a lei, não o povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. E é esse imperativo que também repele se possa dar ao mesmo preceito normativo, de caráter geral, entendimentos diversificados, como se a redução da complexidade maior, tornando as inumeráveis **possibilidades de ser** um **dever ser** determinado, não fosse tarefa da função política e dos órgãos que a integram, dos quais o mais eminente é o Parlamento, bem como se pudesse descartar, nessa segunda redução de complexidade, a exigência básica de segurança para os governados tornando previsíveis, no máximo, as formas de solução de conflitos que se instaurem na convivência social. Essa exigência indeclinável do Direito num sistema democrático impõe, e isso ocorre universalmente, a previsão de órgãos de cúpula, cuja atribuição é, precisamente, velar por que o valor **segurança** não seja corroído em nome de uma **adequação** carregada de subjetivismo, para só falar no que, sendo indesejável, não traduz algo menos nobre.”⁶⁸⁷

E, também, Robert Alexy, anota que “com a garantia da estabilidade, o uso do precedente traz também uma contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito.”⁶⁸⁸

Mas o que será objeto de tópico específico e central do presente estudo, essa adaptação de instrumento que, ao lado da legislação, das decisões judiciais e do

⁶⁸⁷ *Súmula Vinculante in* Gênesis — Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: setembro/dezembro de 1997. pp. 631-632.

⁶⁸⁸ ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 266.

trânsito em julgado, serve para assegurar a segurança jurídica, não será fácil e suscitará alguns problemas e discussões.

3.5.5. Edição, revisão e cancelamento de súmulas vinculantes

Súmula não é norma geral (regra ou princípio), fruto da atividade legislativa objetivando regular condutas e práticas sociais.

Ocorre apenas que a sucessão de decisões em um mesmo sentido levou à adoção da prática de sumular determinadas matérias, consolidando o entendimento dos Tribunais, para facilitar o trabalho dos jurisdicionados e julgadores e tornar público o sentido da jurisprudência majoritária do Tribunal, dando segurança jurídica a todos (previsibilidade do sentido interpretativo da norma).

Não há, portanto, usurpação de competência legislativa ou atividade criadora dos magistrados na edição de súmulas de jurisprudência.

O atual Código de Processo Civil, consoante já anotado, tem regras específicas sobre a uniformização da jurisprudência, que culmina, após o julgamento da maioria dos membros do Tribunal, nos termos do artigo 479, com a edição de súmula que “constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Os Regimentos Internos dos Tribunais, todavia, é que, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, “disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante”.

Antes da atual legislação, o Supremo Tribunal Federal, no seu Regimento Interno, já dispunha sobre a edição de súmulas, seu cancelamento e revisão.

A competência é do Plenário do Tribunal, nos termos do artigo 7, VII, e qualquer Ministro pode, consoante o disposto no artigo 103, propor a revisão da jurisprudência e de súmula (sobrestando os feitos sobre o assunto, se for o caso).

Quanto às súmulas vinculantes, a própria Constituição Federal trata da edição, revisão ou cancelamento no artigo 103-A.

A edição ocorrerá se, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal, por decisão de dois terços de seus

membros, aprovar a súmula com efeito vinculante (que obrigará os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta).

O curioso é que o texto constitucional não fala na vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal pelas súmulas. Parece-nos que todos os órgãos do Poder Judiciário, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ficam com sua jurisprudência vinculada pela edição da súmula.

Isso porque não faria sentido algum o Tribunal criador da súmula (que atesta o amadurecimento de determinado entendimento, bastando notar que o texto constitucional fala em “após reiteradas decisões” e pressupõe a “controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública) vir a desrespeitá-la.

Ainda o texto constitucional explicita que, além de a iniciativa do próprio Tribunal, e a despeito do que vier a ser estabelecido em lei, os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade, podem requerer a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Apesar de, a princípio, poder haver a impressão de que o rol é muito limitado, o que poderia contribuir para o engessamento (pela falta de questionamento) da jurisprudência sumulada, seria inviável autorizar que qualquer parte litigante questionasse a existência ou postulasse o cancelamento e a revisão de súmula. Se assim ocorresse, o Tribunal constantemente seria questionado sobre questão e posicionamento em tese já consolidado.

E não se pode esquecer que o próprio Tribunal pode, de ofício, consoante autorizado pelo *caput* do artigo 103-A, da Constituição Federal, propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Ou seja, os integrantes da Corte, que vivem a realidade social e refletem sobre as matérias constitucionais, podem perceber novo aspecto de um problema ou a alteração das condições que levaram à edição de uma súmula e propor a sua revisão ou cancelamento.

A legislação ordinária poderá regular o procedimento de edição, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes, consoante será melhor explicitado no tópico seguinte, desde que não contrarie o disposto na Constituição que já dispõe sobre o quorum, legitimados (apesar de não ser taxativa no ponto), requisito de reiteradas decisões para a edição, e sobre a intenção de evitar a insegurança jurídica e a repetição de decisões sobre matérias idênticas.

É fundamental que não sejam editadas súmulas e em seguida as revise ou cancele, o que iria de encontro com a segurança jurídica. Repita-se que uma das intenções das súmulas é dar previsibilidade às decisões judiciais. Eventual edição seguida de sucessivas revisões e/ou cancelamento mostra, ao contrário, instabilidade na jurisprudência do Tribunal que se reflete em imprevisibilidade das decisões e contraria a função da jurisprudência sumulada — dar, a partir da previsibilidade, segurança jurídica.

Assim, a edição de uma súmula deve ocorrer apenas quando o Tribunal, efetivamente, tiver firmado a jurisprudência, sem risco de mudança em curto espaço de tempo, em determinado sentido. Após debate exaustivo, com a exploração dos principais e relevantes aspectos do problema *sub iudice*, e o amadurecimento do sentido da decisão, poderá editar a súmula (vinculante) que deve ter, sempre, a intenção de perdurar no tempo.

A revisão e/ou o cancelamento de súmulas deve ocor

Também Robert Alexy, discorrendo sobre a regra da carga da argumentação quanto aos precedentes, destaca:

“É possível que um caso seja igual a outro caso anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes, mas que, porém, se queira decidir de outra maneira porque a valoração destas circunstâncias mudou. Se se quiser seguir apenas o princípio da universalidade seria impossível essa decisão diferente. Mas a exclusão de qualquer mudança seria então incompatível com o fato de que toda decisão formula uma pretensão de correção. Por outro lado, o cumprimento da pretensão de correção faz parte precisamente do cumprimento do princípio da universalidade, ainda que seja somente uma condição. Condição geral é que a argumentação seja justificável. Nesta situação surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar. Rege, pois, o princípio de inércia perelmaniano que exige que uma decisão só pode ser mudada se se podem apresentar razões suficientes para isso. A satisfação da carga da prova somente pode ser constatada pelos participantes, reais ou imaginários, do discurso.”⁶⁹⁰

É fato que, em razão da alteração da realidade social e da percepção de novos aspectos da mesma problemática, os motivos que levaram à edição de uma súmula podem ser modificados e o enunciado consolidado venha a ser alterado ou revogado. Some-se a possibilidade de a atividade legislativa vir a acelerar o processo de alteração da realidade regulamentando ou modificando normas que tenham servido de base para o entendimento sumulado.

E é, aliás, fundamental que se tenham as portas abertas para a modificação ou revogação de uma súmula, pois o engessamento definitivo de determinado entendimento, que se torne inquestionável e imutável, vai de encontro à dinâmica da vida social e, por consequência, da decidibilidade.

A súmula (vinculante) tem a pretensão de assegurar o respeito a determinado entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim, deve advir de amplo, exaustivo e maduro debate sobre a questão julgada. E, apesar de

⁶⁹⁰ *Op. cit.* p. 265.

não dever estar suscetível a corriqueiros e constantes questionamentos (o que contraria a intenção de dar segurança jurídica através da previsão da decidibilidade), não pode engessar definitivamente o entendimento da Corte sobre o assunto.

Ela convive, portanto, em um conflito constante — imutabilidade (segurança) x mutabilidade (realidade social), e a sua funcionalidade ideal depende da correta e razoável valoração entre esses valores.

Aliás, o principal argumento contra a vinculação pelas súmulas é o do eventual engessamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sobre a questão, Victor Nunes Leal anota:

“O receio de que, com a *Súmula*, o Supremo Tribunal não mais discutisse, como seria necessário, os problemas nela contemplados, não tem a menor razão de ser. A experiência está sob nossos olhos; publicada a *Súmula* em março (e ainda estamos em agosto), vários dos enunciados já foram amplamente discutidos, ou por iniciativa dos advogados, ou por iniciativa de alguns dos Ministros. A utilidade desse reexame revelou-se, desde logo, no maior aprofundamento da análise jurídica.”⁶⁹¹

E ainda Victor Nunes Leal, no julgamento do RE 58356, em 28-09-66, destacou que:

“Costuma-se criticar a *Súmula*, porque ela teria tido o propósito de estratificar a nossa jurisprudência, ou pelo menos conduziria a esse resultado. O debate de hoje, como outros que aqui temos travado, é uma demonstração eloqüente em sentido contrário. O Supremo Tribunal Federal discutirá, como tem discutido, qualquer dos enunciados da *Súmula* sempre que haja razões ponderáveis a serem consideradas, como foram, neste caso, os votos sugestivos dos senhores Ministros Hermes Lima e Aliomar Baleeiro. Se o Tribunal se pronunciar, neste caso, pela manutenção da *Súmula*, como parece inclinar-se, isto resultará, não da presumida força estratificadora da *Súmula*, mas da firme convicção da maioria.”⁶⁹²

⁶⁹¹ *Op. Cit.* p. 54.

⁶⁹² *Op. Cit.* p. 290.

O risco de engessamento há, mas ele depende da má utilização dos mecanismos de revisão e de cancelamento. Ou seja, se o Tribunal agir com ponderação e mantiver os olhos na realidade social e a mente aberta a novas considerações sobre aspectos da questão sumulada, não haverá engessamento e o fato de o rol de legitimados ser limitado não prejudicará a intenção da súmula vinculante — evitar a insegurança jurídica e dar previsibilidade às decisões judiciais, sem fechar os olhos para a realidade social.

3.5.6. Regulamentação legislativa

A Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006⁶⁹³, elaborada com a participação do Instituto Brasileiro de Direito Processual, regulamenta o artigo 103-A,

⁶⁹³ Lei 11417, de 19 de dezembro de 2006 (D.O.U. de 20 de dezembro de 2006) - Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei 9784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

“Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;
- V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VI - o Defensor Público-Geral da União;
- VII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;
- IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

da Constituição Federal, sobre a edição, revisão e o cancelamento de súmula vinculante e outras providências.

O artigo 2º praticamente repete, no *caput* e no parágrafo 1º, o *caput* do dispositivo constitucional.

No parágrafo 2º, prevê a obrigatoria manifestação do Procurador-Geral da República em processo de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante e, no parágrafo 3º, prevê a necessidade de aprovação, atendendo ao dispositivo

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 56.

.....

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.”

constitucional, por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

Se, porventura, for recusada a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, ou se não houver sido atingido os dois terços constitucionais dos votos, nada obsta que, em outra sessão, após novos debates, seja levada novamente à apreciação dos Ministros. A Lei não limita temporalmente o intervalo entre uma e outra sessão para deliberação sobre a súmula, e nem poderia fazê-lo pois o Tribunal é que, quando sentir a maturidade da tese ventilada na proposta de súmula, pode levar a nova apreciação plenária. Some-se que as naturais e regulares alterações na composição da Corte podem levar a mudanças de posicionamentos já anteriormente consolidados.

Aprovada, revista ou cancelada a súmula, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça, o enunciado, no prazo de dez dias contados da sessão plenária, consoante o parágrafo 4º, do artigo 2º.

No artigo 3º, a Lei trata do rol de legitimados para propor a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Além dos legitimados para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, foram acrescentados o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Essa ampliação é extremamente positiva e não é vedada pela Constituição Federal que apenas prevê a legitimidade também dos autorizados a propor ação direta de inconstitucionalidade, não estabelecendo um rol taxativo no artigo 103-A. Com esse aumento dos legitimados, as chances de o Tribunal ser provocado para reexaminar o entendimento consolidado em uma súmula é maior e os riscos de engessamento da jurisprudência são reduzidos.

Do relatório do relator do projeto que deu origem à Lei 11417, de 2006, Deputado Maurício Rands, nota-se a clara preocupação de adoção da súmula para agilizar a prestação jurisdicional e auxiliar na chamada crise da justiça. Nas suas palavras, a “instituição da *súmula vinculante* é uma tentativa de amenizar os problemas interpretativos das normas constitucionais através de um rígido esquema vertical”. Por outro lado, reconhecendo o risco de a atividade criativa do juiz ser podada pela não-

renovação do entendimento consolidado em uma súmula vinculante, o relatório reconhece que a ampliação do rol de legitimados cumpre importante papel:

“A ampliação do rol de legitimados para pleitear a edição, revisão e cancelamento de enunciados da súmula vinculante, tal qual proposta no projeto, é de todo recomendável, pois democratiza o instituto e afasta dele a pecha do autoritarismo. Com efeito, é extremamente salutar a iniciativa de legitimar os tribunais, os procuradores-gerais de justiça e os defensores públicos-gerais, pois são eles os personagens que estão mais próximos dos jurisdicionados e da realidade pulsante dos fatos, de modo que terão melhores condições de iniciar um movimento pela modificação da jurisprudência sumulada pelo Supremo.”

Ademais, o parágrafo 1º, do artigo 3º autoriza, ainda, os Municípios a proporem a edição, o cancelamento e a revisão de súmulas vinculantes, incidentalmente a processo em que seja parte, o que não levará à suspensão do processo.

Parece-nos que essa possibilidade de arguição incidental é de extrema relevância, merecendo ser expressamente estendida a todos os legitimados. Discordamos, todavia, da restrição à suspensão do processo, que deveria ocorrer sob pena de se ter, em um curto espaço de tempo, decisão contrária à súmula vinculante. O legislador poderia ter preocupado-se mais com a possibilidade de decisões serem tomadas em contrariedade à súmula vinculante, principalmente considerando o estreito limite para, depois de uma decisão ser tomada em desconformidade com a súmula (notadamente, se anterior à edição), reformá-la.

O parágrafo 2º autoriza que terceiros (ainda que sem interesse estritamente jurídico na questão, no nosso entender) sejam autorizados pelo relator a participar do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, o que é positivo na medida em que aumenta o número de participantes do debate sobre assunto de interesse de toda a sociedade. A decisão do relator sobre a admissão do terceiro é irrecorrível e pode ser melhor regulamentada pelo Regimento Interno do Tribunal.

O artigo 4º, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, autoriza a restrição dos efeitos vinculantes ou a determinação de que a

súmula produza efeitos somente a partir de determin

interpretação equivocada, aplicar ou não o entendimento da súmula), o artigo 7º, da lei, dispõe que, a despeito da reclamação, podem ser cabíveis recursos ou outros meios de impugnação.

3.5.7. Análise crítica do instituto

Mônica Sifuentes bem enumera os mais debatidos argumentos favoráveis e os contrários à adoção da súmula vinculante, hoje, uma realidade no nosso ordenamento. São contrários:

- (i) a súmula vinculante seria uma atribuição de função de natureza legislativa ao Poder Judiciário, contrariando o princípio da separação dos Poderes e a liberdade de decidir dos juízes, com a supressão do duplo grau de jurisdição, violando cláusulas pétreas da Constituição Federal;
- (ii) a súmula restringe a criação do direito pela jurisprudência, impedindo o seu progresso;
- (iii) a súmula leva a uma demasiada concentração de poder nos Tribunais Superiores;
- (iv) a súmula restringe o princípio constitucional do direito de ação.

São favoráveis:

- (i) a súmula torna a Justiça mais ágil;
- (ii) é injustificável a repetição de demandas sobre teses jurídicas idênticas, já pacificadas nas Cortes Superiores;
- (iii) a preservação do princípio da igualdade de todos perante a interpretação da lei, eliminando o perigo das decisões contraditórias;
- (iv) a necessidade de resguardar o princípio da segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões judiciais em causas idênticas;
- (v) a inexistência do perigo do engessamento da jurisprudência, por ser possível o cancelamento e a revisão dos enunciados sumulares vinculantes.

Trata-se, no nosso entender, de analisar o que merece ser mais prestigiado — a segurança jurídica e a celeridade processual ou a vontade subjetiva de amplos e constantes debates sobre a mesma tese.

A súmula vinculante, por não ser norma, não afronta o princípio da separação dos Poderes e, tampouco, restringe a recorribilidade ou o exercício do direito de ação, pois apenas vincula a interpretação sobre determinada tese constitucional. Ademais, há mecanismos de revisão e de cancelamento que podem evitar o eventual engessamento do entendimento.

Calmon de Passos destaca que, da mesma forma que um magistrado pode vir a não aplicar determinada lei (sem qualquer sanção), ele pode não aplicar uma súmula vinculante, o que demonstra que não haverá um engessamento da jurisprudência. Segundo o processualista baiano, o problema se resolve, de forma satisfatória, com a fundamentação das decisões judiciais e responsabilização dos magistrados no caso de erro inescusável. Nas suas decisivas palavras:

“Assim sendo, inaceitável se negue a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral que lhe cumpre aplicar ao caso concreto quando se cuide de interpretação de súmula vinculante. Donde ser admissível sua inaplicabilidade ao caso concreto desde que justificada a posição do magistrado, tal como ocorre quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal. Tudo será problema de clareza e de pertinência da fundamentação oferecida. Essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) é indispensável e se me afigura, como dito antes, uma decorrência do sistema.”⁶⁹⁴

Some-se que os Tribunais Superiores, e o Supremo Tribunal Federal, em especial no que toca à matéria constitucional, têm a última palavra sobre as questões afetas à sua competência, o que significa que, pela via recursal, todos os debates sobre a mesma tese têm condições de chegar, cedo ou tarde, à apreciação das Cortes Superiores que, pelo seu papel, devem unificar o entendimento, em nome da necessidade de segurança jurídica e de resguardar a Federação e o ordenamento jurídico.

⁶⁹⁴ *Súmula Vinculante in* Gênese — *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: setembro/dezembro de 1997. p. 637.

A súmula vinculante, apenas, otimizará a prestação jurisdicional por parte do Supremo Tribunal Federal (hoje, considerando que a autorização constitucional não permite a edição de súmulas vinculantes pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Superior Tribunal de Justiça) e tornará mais efetivo o respeito à jurisprudência consolidada da Corte (que, sem a súmula, seria possível pela via recursal, naturalmente mais lenta).

Os países de tradição da *common law* adotam o sistema dos precedentes, semelhante à súmula, mas distinto em razão da prática legislativa ser menos intensa.

Victor Nunes Leal, antes da função vinculativa das súmulas do Supremo Tribunal Federal, apontava vantagens em relação ao sistema norte-americano, no qual os precedentes são obrigatórios em razão da prática menos legislativa e mais pretoriana. Isso porque a jurisprudência norte-americana, então consolidada no *restatement* (consolidação jurisprudencial), careceria de autoridade legislativa e seria trabalho meramente expositivo do direito vigente. Assim, a força vinculativa decorreria sempre da decisão posterior, que deveria implicar em constante reedição dos compêndios jurisprudenciais, e demonstraria uma certa falta de autoridade dos precedentes.

Nas suas palavras, portanto, a súmula pátria é mais vantajosa do que o sistema similar norte-americano:

“A autoridade, que nos foi possível atribuir à *Súmula* — e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos — não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos *assentos* da Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados. A *Súmula* refunde as suas concepções num instrumento útil e eficaz, cuja utilidade será muito maior, quando ela contiver 1.000, 2.000 ou 3.000 enunciados, em lugar dos escassos 471 de que atualmente se compõe (...). Com o tempo, quando a *Súmula* estiver bastante ampliada e com ela familiarizados os Tribunais de segundo grau e os Juízes de primeira instância, ter-se-á um considerável alívio da sobrecarga judiciária em todas as etapas.”⁶⁹⁵

⁶⁹⁵ *Op. Cit.* pp. 62-63.

Parece-nos que, sopesando os riscos e os benefícios, a adoção da súmula vinculante é positiva e merecedora dos maiores elogios. O maior problema seria o do engessamento da atividade criativa do juiz, mas, com o rol previsto na lei e na Constituição e com os mecanismos de revisão e cancelamento bem aplicados, a súmula imporá o respeito (que deveria ocorrer de forma espontânea) à jurisprudência da mais alta Corte Nacional que teria, de qualquer forma, pela via recursal, a última palavra sobre as questões constitucionais.

A segurança jurídica e a celeridade processual serão prestigiadas, valores fundamentais, ambos constitucionalmente consagrados. O ideal seria que o Supremo Tribunal Federal pudesse reexaminar todos os casos nacionais, o que também traria segurança jurídica, mas isso é humana e objetivamente impossível. Assim, o risco de a segurança não se realizar pela avalanche de processos, é resolvido pela adoção de instrumento também pró-segurança jurídica, pois consolida o entendimento do Tribunal. Além do que, agiliza em muito a prestação jurisdicional (ao invés da necessidade de o Supremo Tribunal reexaminar caso a caso para, provendo recursos, aplicar sua jurisprudência predominante), a obrigatoriedade da observância pelos magistrados e Cortes inferiores, desde logo, pela vinculação do enunciado sumular.

4. A súmula vinculante, a coisa julgada e a segurança jurídica

Nesse capítulo, central na presente tese, pretende-se relacionar os assuntos tratados anteriormente — segurança jurídica, coisa julgada e vinculação das decisões judiciais — e explorar questões problemáticas que podem surgir com a adoção, no Brasil, da súmula vinculante (após a edição da Emenda Constitucional 45/2004).

4.1. A súmula vinculante enquanto instrumento para realizar a segurança jurídica, com a previsibilidade das decisões judiciais

Viu-se que há valores, como a segurança e a justiça, que podem parecer viver em constante choque. Mas, considerando que o ideal de justiça, independentemente da sua conceituação material ou formal, abomina a desordem e a arbitrariedade, é certo que a justiça pressupõe em certa medida a segurança jurídica.

Os países de tradição romano-germânica têm na legislação forte e importante instrumento de realização da segurança jurídica. Essa legislação, que estampa regras e princípios tendentes a regular a vida em sociedade, de forma geral e abstrata, é aplicada pelo Poder Judiciário que, após processo interpretativo e eventualmente integrativo, concretizam a norma, aplicando-a ao caso concreto.

A norma geral, assim, vira norma individual e específica para o caso concreto. Dessa forma, além da existência de leis, também é fundamental, por refletir o processo de formação da norma individual, a correta aplicação dessas leis por órgãos organizados, pré-constituídos e que a apliquem de forma previsível.

Segundo o princípio da separação dos poderes, ainda que se admita uma certa “interferência” atual de um no outro nos dias atuais, o Poder Legislativo primordialmente criará as normas que serão aplicadas pelo Poder Judiciário, na resolução dos conflitos de interesse. E os magistrados, no exercício de sua função, não criam normas, notadamente nos países de tradição romano-germânica, mas se limitam a interpretar as normas (dentro dos limites do direito posto e do direito pressuposto) e, no máximo, a integrá-las (mas não a partir de um direito novo, mas dos princípios e regras do nosso sistema).

Admitir a jurisprudência como fonte formal do Direito, ainda que suprimindo lacunas, vai de encontro à sistemática dos países de tradição romano-germânica, em que o juiz não tem papel criador. Pode-se até referir e tomar como base algum precedente, mas que terá sempre partido da interpretação de alguma norma, seja regra ou princípio (positivado ou geral do direito).

De nada adiantaria um corpo de normas gerais se, na aplicação, houvesse arbitrariedade, imprevisibilidade e instabilidade. A segurança jurídica liga-se, portanto, à existência de normas e à sua aplicação de forma estável e previsível. Mas não é só isso.

Além das normas, geral e individual, a característica da imutabilidade que a decisão ganha (quando ela não mais puder ser alterada) também é de extrema importância para a efetivação da segurança jurídica.

Isso porque, ainda que bem aplicada, se a norma individual, fruto da decisão judicial, pudesse ser alterada a qualquer momento, de nada adiantaria a preocupação com a sua correta e previsível aplicação.

Apenas quando a decisão não mais puder ser alterada, os jurisdicionados convencem-se e a paz social, objetivo da jurisdição, é obtida.

Em síntese, tem-se que a segurança jurídica é valor principal do sistema, obtido por meio da garantia de que determinada lei preexistente será aplicada por magistrado que, prolatando sentença, exaure a sua função e a situação objeto da decisão não mais poderá ser alterada. Ou seja, pela positividade, decidibilidade e, por fim, recrudescimento da decisão, é trazida segurança jurídica às relações sociais, e obtida a paz, objeto da jurisdição, enquanto expressão de poder do Estado. É um processo, com início na edição da lei, meio com o julgamento pelo Poder competente, e fim com a imutabilidade da decisão — aí todos se conformam e a paz social enfim é obtida.

Por outro lado, nos países da *common law*, onde a prática e a tradição legislativas são menos intensas, o sistema dos precedentes é fundamental para a segurança jurídica, pois traz previsibilidade das condutas, na qual a legislação não é exaustiva na regulamentação das matérias. É como se a jurisprudência substituísse o papel importante da legislação na *civil law*, até porque o raciocínio do juiz da *common law* é dirigido à busca de previsibilidade e, por conseqüência, de segurança.

O papel das Cortes no desenvolvimento da *common law* foi sempre muito marcante, em especial no exercício da jurisdição real, tendo a criação judicial uma importância constante e decisiva.

O sistema dos precedentes, assim, naturalmente impôs-se como uma característica dos países de *common law*. Consoante destacado nos capítulos anteriores, o objetivo central do precedente é trazer continuidade, previsibilidade, segurança e certeza ao sistema, enquanto fonte primária da *common law*.

A regra de direito, na Inglaterra e até nos Estados Unidos, tem um caráter diverso da do sistema romano-germânico. No sistema romano-germânico, a regra é marcada pela generalidade, elaborada em cima de princípios desenvolvidos pela doutrina, e objetiva regular as condutas na sociedade. No Direito Inglês e também no Norte-americano, a regra deve ser apta a dar, de forma imediata, a solução a um litígio. Os juízes têm a preocupação de resolver determinado caso concreto e, quando várias decisões já foram tomadas em um mesmo sentido, podem utilizá-las como precedentes ou até reconhecer um princípio.

Entendemos que isso pode ser atribuído, na Inglaterra, ao menos em parte, à existência do poder central forte, que levou ao desenvolvimento dos Tribunais reais sem que houvesse a preocupação de se produzirem regras no Parlamento a serem utilizadas pelos julgadores. Basta notar que o Chanceler, em determinado momento, conforme notado, ganhou o poder de emitir *writs in consimili* e utilizar a equidade para corrigir os abusos e defeitos do formalismo da *common law*.

E, nos Estados Unidos da América, ainda que sempre tenha havido uma presença maior do *statute law* do que no Direito Inglês, há algumas diferenças quanto à amplitude da aplicação do *stare decisis*. Isso porque, além da coexistência das Cortes federais e estaduais, a existência, desde cedo, de uma Constituição escrita fez com que convivessem o sistema do *stare decisis* e da interpretação das normas constitucionais. A Suprema Corte interpreta a Constituição e cria os precedentes, que passam a ser verdadeiras normas constitucionais.

Mas a vinculação das decisões posteriores pelos precedentes judiciais não é exclusividade dos países de *common law*. Os de *civil law* também têm adotado mecanismos semelhantes, em busca da efetividade e da segurança jurídica, bastando notar a atual súmula vinculante brasileira.

obrigatória dos precedentes, bem como abstrair do precedente as questões de fato que o justificaram, seria instituir um sistema jurídico anárquico, senão catastrófico. A par disso, o sistema do *common law* tem peculiaridades em termos de formação, recrutamento e controle dos magistrados, desconhecidos e não utilizados no sistema do *civil law*. Donde nos maquiagem com os cosméticos de nossos irmãos do norte, que graças a Deus têm um magnífico desprezo pelo que somos e pelo que fazemos e não desejam nos impingir, garganta abaixo, os alimentos e remédios que utilizam nem muito menos correr o risco de tomar os nossos. (...). Valeria a pena lembrarmos de que os países do sistema do *common law* são exceções, fruto de peculiaridades de natureza histórica e cultural inexistentes em outros países e que, por força disso, desautorizam o ‘transplante’ que se pretende ou que se propugna deva ser feito, salvo se fôssemos capazes de refazer a nossa História (impossível objetivamente) ou milagrosamente, independente disso, remodelarmo-nos e remodelar a nossa sociedade (pouco provável, subjetivamente).”⁶⁹⁶

Mas ainda que haja essas diferenças do ponto de vista da base de aplicação (e na *common law* como a base é mais jurisprudencial, há até uma flexibilidade maior), o certo é que a súmula e os precedentes têm como um dos objetivos a realização do valor segurança jurídica.

A partir da previsibilidade das decisões judiciais, toda a sociedade organiza-se e adota condutas de forma segura, antevendo as conseqüências futuras no caso de questionamentos judiciais. E essa previsibilidade (seja a partir de uma base mais legislativa ou mais jurisprudencial) que garante a segurança jurídica é fundamental para a vida organizada e para que seja possível a pacífica convivência em sociedade.

Alguns problemas decorrentes da aplicação de precedentes ou de súmulas vinculantes podem surgir, considerando a coisa julgada (que tem contornos com algumas distinções nos países de *common* e de *civil law*), a seguir tratados.

⁶⁹⁶ *Súmula Vinculante in* Gênese — *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: setembro/dezembro de 1997. p. 634.

4.2. A súmula vinculante em confronto com a segurança jurídica

A segurança jurídica é valor fundamental de qualquer ordenamento jurídico. Tanto nos países de *common law* quanto nos de *civil law*, para resguardá-la, há regras, princípios e mecanismos.

A coisa julgada (material), formada a partir das decisões judiciais, por exemplo, desempenha importante papel (ligada à estabilização do caso concreto), pois, como visto, garante a imutabilidade do comando sentencial.

A necessária e obrigatória observância da decisão judicial de que não caiba mais recurso consolida a aplicação da norma individual, ao caso concreto, e faz com que as partes envolvidas saibam qual conduta devem seguir, resolvendo dúvida pretérita e/ou ditando o comportamento para o futuro.

Sem a garantia do respeito à coisa julgada, não só as partes envolvidas em uma lide viveriam em situação de insegurança, como também todos os jurisdicionados, pois não teriam a consciência e a tranqüilidade de que, havendo dúvida quanto à resolução de um problema, o Poder Judiciário ditaria a solução a partir das normas do ordenamento jurídico. Assim, não conseguiriam guiar seus negócios, suas vidas e suas condutas.

E tanto deve haver o prestígio e o respeito incondicional à coisa julgada que o próprio sistema limita temporal e materialmente o ataque à coisa julgada viciada. Nesse sentido, inclusive, é que a tendência moderna à relativização (muito apregoada pela doutrina) deve ser vista com reservas e não estimulado o sistemático desrespeito ao instituto.

Nos países de tradição romano-germânica, esse instituto tem contorno um pouco distinto dos de *common law*. A grande diferença está na base sobre a qual se formam — no primeiro sobre a lei (utilizando a jurisprudência apenas como fonte subsidiária) e no segundo principalmente sobre a jurisprudência, consubstanciada no *stare decisis* (precedentes). Isso faz com que haja distinções entre as concepções de coisa julgada.

A *res judicata* é mais abrangente do que tradicionalmente nos países da família romano-germânica, pois pode atingir a causa de pedir (*claim preclusion*) além do pedido e, além das partes, os representantes legais (*privity*). E, além da *res judicata*,

o Direito Norte-americano e o Inglês reconhecem o *collateral estoppel* (que não tem correspondente igual no Direito Brasileiro) e atinge a matéria discutida (ainda que as ações sejam distintas) e produz efeitos que podem também atingir quem não foi parte.

A conjugação da *res judicata* com o *collateral estoppel* otimizam a prestação jurisdicional, evitando litígios e discussões desnecessárias, em um sistema (*common law*) em que o poder do julgador é maior do que na *civil law* e a decisão é tomada caso a caso, sem uma base legislativa (em tese) tão forte e marcante.

A vinculação das decisões judiciais, por outro lado, também é instituto de elevada importância para a concretização da segurança jurídica, na medida em que possibilita a previsibilidade de decisões judiciais futuras, que devem, por regra, obedecer ao precedente (em especial das Cortes Superiores).

Nos países de *civil law*, em geral, não há uma tradição, pelo próprio desenvolvimento histórico, de adoção do sistema de vinculação das decisões judiciais. Em Portugal, por exemplo, chegou-se a ter o mecanismo dos assentos obrigatórios, mas que, hoje, não mais existe.

Por outro lado, nos países de *common law*, pelo papel mais relevante das decisões judiciais (que não só complementam o direito abstrato, o concretizando), mas, também, criam o Direito a partir de construção jurisprudencial, consubstanciado nos precedentes, a prática vinculativa é bem mais intensa.

Apesar, todavia, da priorização dos precedentes, liga-se a eles a estabilidade da coisa julgada e do *collateral estoppel*, nos países de tradição de *common law*.

Nos países de *civil law*, que não adotam a prática tão intensa da vinculação, a valorização da estabilidade obtida com a coisa julgada é maior, apesar de relacionar-se mais com a estabilização da relação concreta controvertida (que se torna, considerando a parte dispositiva, imutável).

A adoção simultânea da súmula vinculante e do instituto da coisa julgada, como no Brasil após a edição da Emenda Constitucional 45, ambos destinados à garantia da segurança jurídica, pode causar conflitos, consoante a seguir analisado.

4.2.1. A coisa julgada formada contrária à súmula vinculante após sua edição

Um dos problemas que pode se tornar corriqueiro, ensejando discussões, é o da formação da coisa julgada contrária a súmula vinculante preexistente.

Assim, apesar da obrigatoriedade de observância da tese consolidada em uma súmula com efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal e do mecanismo da reclamação para o caso de desrespeito pelos juízes inferiores, pode acontecer de um magistrado ou Tribunal tomar decisão em sentido contrário e que não venha a ser objeto de ataque oportuno (recursal ou por reclamação).

Considerando que a súmula vinculante foi editada com o intuito de trazer segurança jurídica, determinando que todas as decisões sobre a mesma tese fossem decididas da mesma forma, e que a coisa julgada, que também atende à segurança jurídica, pois consolida e torna imutável a decisão judicial, indaga-se o que deve prevalecer. Será cabível ação rescisória contra a decisão contrária à súmula? E se o prazo já tiver sido esgotado, prevalecerá o entendimento destoante do sumular?

Não se trata, apenas, consoante referido ao longo do estudo, de sopesar dois valores — a segurança e a efetividade —, pois tanto a súmula quanto a coisa julgada asseguram o respeito à segurança jurídica.

A súmula vinculante, é certo, carrega também o valor efetividade, na medida em que pretende tornar mais ágil e útil a prestação jurisdicional, evitando a perda desnecessária de tempo para o desfecho de uma ação e o desrespeito à jurisprudência já consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Mas a intenção não menos presente, que se extrai principalmente da experiência histórica e do exemplo da *common law*, é a de dar segurança jurídica às relações, assegurando uma certa previsibilidade da conduta judicial.

Daí o problema — assegurar qual respeito à segurança? Um mais ligado à imutabilidade *in concreto* (coisa julgada), relacionada a um litígio *inter partes* ou um mais amplo, ligado ao próprio respeito à jurisprudência da Corte Suprema?

Privilegiar a coisa julgada, ao contrário do que a princípio pode parecer, não importa apenas em garantir a imutabilidade da decisão *inter partes*, pois a repercussão social do instituto extrapola os limites da relação concreta.

Se socialmente, entre os jurisdicionados, tiver-se a idéia de que é possível, mesmo com o trânsito em julgado, desconstituir-se uma decisão contrária à súmula vinculante, o impacto no respeito ao instituto em si da coisa julgada será devastador.

Proferida uma decisão, esgotadas as instâncias recursais, ocorrido o trânsito em julgado, ainda assim não haverá o respeito completo ao comando sentencial acobertado pelo manto da coisa julgada, pois estará implícita (se for o caso) a possibilidade de aquela decisão estar em confronto com determinada súmula vinculante, podendo, assim, ser desconstituída ou desconsiderada.

Assim, pelo fato de existir uma súmula com efeito vinculante em sentido contrário, não tendo a parte se insurgido a tempo (via recursal ou por reclamação), formada a coisa julgada, não fica autorizada a desconsideração ou até a desconstituição da decisão definitiva.

Note-se que, mesmo a Lei 11417, de 2006, e a Emenda Constitucional 45, de 2004, não trazendo prazo para o ajuizamento de reclamação contra o descumprimento de súmula vinculante, ela não pode ser admitida após o trânsito em julgado, sob pena de se criar nova hipótese rescindibilidade, à margem do artigo 485, do CPC, e de se projetar indefinidamente situação de pendência jurídica, pois a qualquer tempo a parte poderia questionar a certeza de um julgamento pela reclamação.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal não pode tornar-se instância de reexame da conformidade de todas as coisas julgadas com as súmulas vinculantes, sob pena de um instituto que veio para desafogar o Tribunal tornar-se viabilizador de um sem número de novas ações originárias (reclamações).

A existência de súmula vinculante não autoriza a relativização da coisa julgada, muito restrita, consoante já anotado em tópico específico, limitada às hipóteses legais e de declaração de (in)constitucionalidade da norma que serviu de base para a decisão (e ainda assim dentro de limite temporal).

Nem se diga que essa posição privilegia a segurança individual (coisa julgada) em nome da coletiva (súmula vinculante), pois a coisa julgada desrespeitada representa um ataque também coletivo — ao ordenamento e à sistemática e fundamental idéia de que todos terão assegurado um processo que chegue a um fim regular, com uma decisão que se torne, em dado momento, imutável e inquestionável.

Some-se que a jurisdição (que não atinge a esfera meramente individual, mas a todos submetidos ao Poder Judiciário) tem como finalidade primordial também a obtenção da paz social, que só é atingida pelo recrudescimento da decisão que aplica as normas de determinado ordenamento.

A súmula vinculante é instrumento relevante de atingimento da segurança jurídica, mas não pode prevalecer sobre a coisa julgada, até porque, conforme também demonstrado em tópico próprio, ela não é norma, mas, sim, o entendimento obrigatório e consolidado sobre determinada norma que, não prevalecendo, não importa em ofensa tão grave ao ordenamento do que a desconsideração ou desconstituição da coisa julgada que a contraria.

Entendimento em sentido diverso privilegiaria o respeito a um entendimento consolidado, mas ofenderia o ordenamento que prevê a obediência à coisa julgada e, mais, violaria o direito de todos os jurisdicionados que, acreditando e confiando no julgamento de pleito levado ao Poder Judiciário, acreditam que a paz social e a segurança é obtida com um pronunciamento do órgão competente sobre a demanda.

Os preceitos do direito posto sobre a súmula vinculante, assim, restariam desrespeitados indiretamente (pois o que seria desrespeitado diretamente seria o entendimento consolidado do Supremo Tribunal), ao passo que a desconsideração da coisa julgada importa em ofensa direta ao direito posto e causam problema maior — de descrédito do Poder Judiciário, na medida em que as decisões seriam desconsideradas, ainda que acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Nem se diga que a realização da justiça ficaria prejudicada. Isso porque já se destacou que, ainda que não se chegue a um consenso sobre qual a finalidade do Direito e qual justiça a ser atingida, deve-se aceitar que em um dado momento determinadas normas e situações regulem a sociedade, em nome do valor fundamental da segurança, sob-1.22997(o).74()-190.26(p)-0.295585(c)3.74(i)-2.ot()-1251512(a)3.74()-30.1643(d)

Segundo Perelman, a segurança jurídica, à qual o Direito dá especial importância, “explica o papel específico do legislador e do juiz, tão oposto à autonomia da consciência que caracteriza a moral”⁶⁹⁷. Se o Direito objetiva garantir a segurança jurídica, deve, “conceder a alguns, os legisladores, a autoridade de elaborar as regras que se imporão a todos, e tem de designar aqueles, os juízes, que terão a incumbência de aplicá-las e de interpretá-las.”⁶⁹⁸ E, na seqüência, acrescentamos que o recrudescimento da decisão, com o trânsito em julgado, é a última etapa desse processo.

E a efetividade, valor assegurado expressamente pela atual Constituição, notadamente após a Emenda Constitucional 45, também não justificaria uma posição em sentido contrário (admitindo a desconsideração da coisa julgada em nome da súmula), pois é preciso sempre ter em mente que o valor segurança não pode ficar de lado — deve-se otimizar ao máximo a prestação jurisdicional, mas sem atropelar a garantia de que as demandas sejam devidas e exaustivamente apreciadas, fruto de amplos debates e detida apreciação pelos magistrados. Também a coisa julgada, formada após esse exercício de ampla cognição, deve ter sua autoridade preservada.

Pertinente, mais uma vez, lembrar a advertência de Alcides de Mendonça Lima que liga à própria idéia de justiça a segurança jurídica e para quem, em nome de um objetivo, não se pode comprometer valores ainda maiores. Nas suas palavras, “antes de oferecer uma justiça rápida, mas facilmente falha, o Estado tem o dever de oferecer uma justiça boa, ainda que praticamente lenta. Aquela — raras vezes é justa, esta — raras vezes é injusta.”⁶⁹⁹

Nem se diga, pelo contexto histórico em que a segurança jurídica passou a ganhar maior destaque (pensamento liberal, que requer segurança e liberdade para o homem), que uma maior valorização e priorização da segurança jurídica reflete posição ultrapassada. Juan Carlos Hitters, respondendo à questão de ser a segurança um valor burguês, anota:

“Não existe dúvida de que a segurança tem uma notória ascendência burguesa individual e isto contribuiu muito para desprestigiá-la, inclusive recebendo ataques em nome de ideologias políticas que pregam

⁶⁹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito. Direito*. p. 303.

⁶⁹⁸ *Id. Ibid.*

⁶⁹⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. p. 139.

Quem é parte ou diretamente interessado em demanda judicial, acredita, com base em normas do próprio sistema e para que a organização da vida social não seja um *caos*, que, após julgada a ação e estabilizada a relação levada a juízo, não haja mais questionamentos no mesmo sentido. Em outras palavras: a coisa julgada garante não só a estabilização da relação concreta apreciada pelo Poder Judiciário mas, também, assegura a todos os jurisdicionados que, se tiverem alguma demanda, ela será apreciada e definitivamente resolvida. Apenas excepcionalmente, e dentro de parâmetros legais prefixados, o entendimento recrudescido poderá vir a ser alterado.

Assim não sendo, a situação de instabilidade será constante e todos os que tiverem um litígio resolvido temerão um entendimento futuro do Supremo Tribunal sobre o assunto que os afetará.

E mais, até a própria utilização da via rescisória, dentro dos limites legais, pode vir a ficar prejudicada, o que será objeto do próximo tópico, em razão de a matéria ser nitidamente controvertida (Súmula 343/STF), tanto que o próprio Supremo Tribunal Federal, quando prolatada a decisão concreta transitada em julgado, não tinha entendimento firmado (em súmula vinculante, ao menos).

Portanto, apesar de a súmula com efeito vinculante objetivar tornar efetivo o valor segurança jurídica, maior segurança é obtida, para o bem do próprio ordenamento e das relações sociais, com o respeito à coisa julgada.

4.2.3. Cabimento de ação rescisória para desconstituir decisão formada em contrariedade à súmula vinculante

A coisa julgada formada na ação individual deve prevalecer sobre o entendimento fixado em súmula vinculante, como notado anteriormente.

Isso, para o bem da segurança jurídica, mesmo a súmula prestando-se para o mesmo fim. Considera-se, para essa conclusão, que a segurança jurídica ficará mais assegurada com o respeito à coisa julgada do que com a desconstituição da decisão transitada em julgado e a adoção do entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante esse entendimento, que, repita-se, não autoriza a mera desconsideração ou revogação de decisão contrária à súmula vinculante, se transitada em julgado, indaga-se se seria cabível o ajuizamento de ação rescisória com fundamento específico para desconstituir a sentença ou o acórdão contrários.

A primeira hipótese seria a do cabimento da ação rescisória por violação ao artigo 103-A, da Constituição Federal, e aos artigos da lei específica sobre o procedimento da súmula vinculante.

Parece-nos não haver ofensa direta à Constituição Federal e à lei, mas, sim, ao conteúdo da súmula, o que não dá ensejo à rescisória. Ademais, o artigo 103-A e os dispositivos infraconstitucionais sobre o procedimento da súmula limitam-se a dizer que o entendimento do enunciado vincula os demais órgãos do Poder Judiciário (assim como, também, os administrativos), sem prever nenhuma sanção para a não-observância, a não ser o cabimento de reclamação para que o Supremo Tribunal Federal aplique o entendimento predominante.

Ademais, essa reclamação, consoante já exposto, não é cabível após o trânsito em julgado da decisão que tenha contrariado súmula vinculante, não podendo, o simples argumento de desrespeito à súmula vinculante, servir de pretexto para rescindir de forma indireta decisão transitada em julgado.

Assim, não se utilizando a parte do remédio próprio, não pode entender violados dispositivos que instituem a súmula vinculante, mas não regulam o seu conteúdo (e nem poderia ser diferente) que é, de fato, o que poderia restar desrespeitado (o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal).

E mais. Ainda que assim não fosse, a competência do Supremo Tribunal para a ação rescisória restringe-se à rescisão de seus julgados (artigo 102, I, *j*, CF) não cabendo, assim, a ação contra o desrespeito de súmula vinculante, pois a decisão violadora não seria do Supremo, mas de Tribunal ou magistrado inferior.

E, por fim, não há que se cogitar do julgamento da rescisória pelo próprio órgão prolator da decisão rescindenda (ou de mesma hierarquia), pois ele não teria competência para reconhecer a violação ao artigo 103-A, da Constituição, ou da lei específica sobre a súmula vinculante, que atribuem ao Supremo a possibilidade de edição do enunciado sobre entendimento pacificado no âmbito da própria Corte.

A segunda hipótese de cabimento da ação rescisória poderia ser a de ofensa à própria súmula, o que é inviável, pois, conforme anotado em tópico específico, súmula não é norma geral e não se enquadra no permissivo da via rescisória, que exige a violação à literalidade da lei (artigo 485, V, do CPC).

A terceira hipótese seria a de violação ao dispositivo legal que ensejou a edição da súmula, ou seja, ao artigo que foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal, que consolidou a linha de entendimento vinculante sobre o referido dispositivo. Nesse caso, em tese, cabível a ação rescisória, não pelo fato de a súmula ter sido desrespeitada, mas pela ofensa perpetrada pela decisão rescindenda a literal disposição de lei. Por exemplo, pode ser ajuizada ação rescisória por ofensa ao artigo 7, XXX, da Constituição Federal se alguma decisão entender que é possível o estabelecimento de limite de idade para a inscrição em concurso público sem qualquer justificativa em razão da natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A rescisória, nesse caso, seria cabível por violação à lei (artigo 485, V, do CPC) e teria como argumento principal a pacificação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal na súmula 683 (imaginando-a com efeito vinculante), segundo a qual “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”. Ou seja, como argumento de procedência da ação (já que o cabimento se baseia na violação ao artigo da Constituição) pode-se utilizar o fato de o próprio Supremo Tribunal já haver pacificado o entendimento sobre o assunto. E, na pior das hipóteses, se não for seguida a linha da súmula (e julgada procedente a ação rescisória), pode-se ajuizar reclamação para a Corte Suprema.

Note-se que o cabimento da reclamação, segundo a Constituição Federal, não se limita a processo em fase de conhecimento ou a processo principal. Basta que uma decisão tenha divergido de enunciado de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal para que seja cabível o remédio extremo. Se decisão em ação rescisória, portanto, divergir (o que pressupõe, obviamente, o exame da tese em sentido contrário, e não, por exemplo, decisão que se limita a examinar requisitos formais da ação rescisória), possível que a parte utilize a reclamação.

Para corroborar com o cabimento da ação rescisória por violação de dispositivo legal que serviu de base para a consolidação do entendimento do Supremo

Tribunal (em uma súmula vinculante), vale lembrar que o óbice de a matéria ser controvertida (Súmula 343/STF⁷⁰¹) sequer poderia ser levantado, pois o próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário já teria pacificado o entendimento acerca da questão. E, ainda, merece ser lembrado que quando se tratar de matéria constitucional, não se aplica o óbice da Súmula 343, segundo a jurisprudência atual. Veja-se, por todas:

Ementa.

“Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF — RE-Agr 235794/SC. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJ de 14/11/2002).

Assim, a única hipótese de cabimento de ação rescisória por ofensa à lei (artigo 485, V, do CPC), e dependendo do caso concreto, parece ser a de violação ao dispositivo que deu ensejo, após sua interpretação, à edição de súmula (vinculante). Isso porque o Supremo Tribunal já terá examinado a questão e o dispositivo legal, tornando-o passível de ter sua violação reconhecida. Mas repita-se que a rescisória não será cabível pelo simples fato de a decisão rescindenda haver contrariado o entendimento sumulado. Ela será cabível pela ofensa legal e terá, na edição da súmula vinculante, argumento de mérito, e, ainda, a possibilidade de utilizar-se de reclamação no caso de não ter a ação julgada procedente (se o juízo manifestar-se expressamente de forma contrária à súmula).

Além das hipóteses de violação legal, poder-se-ia aventar a de ofensa à coisa julgada (artigo 485, IV, do CPC), se decisão transitada em julgado contrariar o entendimento consubstanciado em súmula vinculante. Parece ser incabível. A proteção à coisa julgada reside, justamente, no respeito da decisão transitada em julgado, ainda que contrária ao verbete do Supremo Tribunal.

⁷⁰¹ Súmula 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”.

Consoante exposto acima, valor importante do ordenamento jurídico que deve ser preservado é a segurança jurídica, estampada na coisa julgada. É certo que a súmula vinculante também objetiva a segurança, mas o respeito à coisa julgada é fundamental para que seja mantida a ordem social e respeitadas as decisões e o próprio Poder Judiciário.

Assim, não se pode entender violada a coisa julgada formada em caso específico pela existência ou advento de súmula vinculante em sentido contrário. Tampouco pode ser reconhecida ofensa à coisa julgada pelo fato de ter sido desrespeitado o entendimento sumulado, pois o que faz a coisa julgada não é a súmula, mas a decisão transitada em julgado materialmente.

Outra hipótese de cabimento da ação rescisória poder-se-ia pensar como alternativa para deconstituir decisão contrária à súmula vinculante — o erro de fato.

Em tópico próprio, explicou-se que erro de fato não se confunde com erro de julgamento ou apreciação indesejada dos fatos, mas significa, na dicção do parágrafo 1º, do artigo 485, do CPC, a admissão de fato inexistente ou a não-admissão de fato existente.

A desconsideração ou o desrespeito ao entendimento sumulado não importa em erro de fato. Ainda que a súmula já existisse à época da prolação da decisão, a sua não-observância não importa em admissão de fato inexistente ou em inadmissão de fato existente.

Ainda que o julgado tenha se omitido ou expressamente desafiado o entendimento sumulado, a decisão não é viciada a tal ponto de admitir-se a abertura da via rescisória por erro de fato. Tanto que essa hipótese de rescisão exige que o erro possa ser constatado pelo exame dos documentos e das peças dos autos originários, e a existência de súmula vinculante não é fato para o fim de rescisão, pois não demanda constatação pelo exame dos documentos e das peças dos autos originários.

A legislação ainda impõe, no parágrafo 2º, do artigo 485, dois outros requisitos para a rescisão com base em erro de fato, que não se compatibilizam com a pretensão de enquadramento de desrespeito à súmula nessa hipótese: a inoccorrência de controvérsia e a ausência de pronunciamento judicial sobre o fato.

O fato referido pelo permissivo da rescisória é o fato ocorrido no mundo real que pudesse ser considerado na instrução probatória, não se configurando, a

existência de entendimento jurisprudencial em sentido contrário (ainda que vinculante), erro de fato para esse fim. Haveria, sim, desrespeito por parte do magistrado de súmula do Supremo Tribunal Federal, mas que não seria um erro de fato para fim de rescisão (desconsiderar fato existente que, se considerado especificamente em relação àquele caso, pode levar à conclusão em sentido diverso).

Portanto, e em síntese preliminar, a única forma de desconstituir decisão transitada em julgado contrária à súmula vinculante seria por violação ao dispositivo interpretado pelo Supremo Tribunal Federal e com o entendimento consolidado no verbete vinculante. Mas lembre-se que nem toda súmula é fruto da análise específica de um ou outro artigo que poderia dar ensejo à rescisão e, também, que a rescindibilidade depende do exame do caso concreto (pois a decisão deve ter apreciado, por exemplo, a questão a ser objeto da rescisória, e deve ter transitado em julgado materialmente).

O que se quer dizer é que, se o Supremo Tribunal Federal, ao editar a súmula vinculante, interpretou determinado dispositivo legal, e a decisão no caso

a *querela nullitatis*, pois nenhuma decisão deve ser considerada inexistente (categoria jurídica específica) pelo simples fato de contrariar entendimento sumulado.

Corrobora esse entendimento de cabimento restrito da ação rescisória a própria Súmula 343/STF, que prevê que, havendo controvérsia sobre a questão julgada pela decisão rescindenda, em nome da segurança e da valorização da coisa julgada, não deve haver a sua desconstituição.

4.2.4. Análise e proposta de solução do problema

Há sempre valores, estampados em princípios, no caso, que devem ser considerados em situações decisivas do processo civil. Basta notar o constante conflito e dilema que vive a ciência processual quanto à prevalência da segurança jurídica ou da efetividade da prestação jurisdicional.

Da mesma forma, dúvidas podem surgir dentro da própria segurança jurídica, assegurada tanto pelo instituto da coisa julgada quanto pela súmula vinculante (que também carrega uma certa carga pró-efetividade).

Se já é problemática a opção entre princípios que estampam valores distintos, maior ainda o dilema entre institutos (coisa julgada e súmula vinculante) que decorrem dos mesmos princípios (segurança jurídica) e estampam os mesmos valores (estabilidade das relações sociais e previsibilidade das condutas).

A prevalência da coisa julgada formada no caso individual assegura um maior respeito ao princípio da segurança jurídica, pois, notadamente nos países de tradição romano-germânica, há a valorização da previsibilidade das condutas a partir do esquema: (i) norma legislada — (ii) aplicação da norma pelo intérprete qualificado (Poder Judiciário) sem que haja atividade criativa (o recurso aos princípios afasta a discricionariedade) — (iii) recrudescimento da decisão com o trânsito em julgado e com a formação da coisa julgada — (iv) segurança de que apenas nas hipóteses previamente estabelecidas (ação rescisória) pode haver a desconstituição da coisa julgada — (v) segurança de que, após determinado prazo, não poderá haver sequer a desconstituição de decisão existente, ainda que inválida.

Não se identificou dilema semelhante na literatura inglesa ou norte-americana, provavelmente pela madura concepção da vinculação das decisões pelos precedentes, construída a partir de um direito mais criado pelos juízes, a partir justamente de outras decisões anteriores. A coisa julgada formada no caso individual, assim, antes da sua consolidação, já terá passado pelo problema do respeito ao precedente. Ademais, não há, como no sistema vinculativo introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, um momento decisivo no qual, com a criação de uma súmula vinculante, passar-se-á a ter uma nova realidade interpretativa sobre uma questão. E a própria concepção da coisa julgada, que tem nuances distintas dos países de *civil law*, já foi solidificada com a prática do respeito aos precedentes.

Considerando o respeito à segurança jurídica, melhor assegurado não só no âmbito individual, mas, também, para toda a coletividade (e para o Poder Judiciário que ganha em respeitabilidade), deve prevalecer a obediência à coisa julgada no conflito com a súmula vinculante, não havendo falar em simples desconsideração ou desconstituição de decisão transitada em julgado pela existência ou superveniência de súmula vinculante em sentido contrário.

Sobre a inadmissibilidade de reforma de decisão em caso individual pelo fato de haver a alteração da jurisprudência do Tribunal Superior, a Corte Suprema Argentina, consoante notado por José Luis Amadeo, já decidiu que “é inadmissível que se modifique uma decisão judicial por conta de uma mudança de jurisprudência posterior, ainda que proveniente da Corte”⁷⁰².

As situações conflitantes ficam assim resumidas e as soluções devem ser:

- (i) Se formar-se a coisa julgada em processo e já existir súmula vinculante em sentido contrário = não tendo a parte se utilizado da reclamação no momento oportuno, pode, em tese, ajuizar ação rescisória (se preenchidos todos os requisitos processuais) unicamente por ofensa ao dispositivo que deu ensejo à edição da súmula. E, se a decisão na rescisória for contrária à sumulada, cabível a reclamação direto para o Supremo Tribunal Federal.

⁷⁰² AMADEO, José Luis. *A Cosa Juzgada según la Corte Suprema — Selección de Jurisprudencia*. p. 29. Tradução nossa de: “es inadmisibile que se modifique una decisión judicial firme en virtud de un cambio de jurisprudência posterior, aun cuando provenga de la Corte”.

- (ii) Se formar-se a coisa julgada em processo e logo em seguida é editada súmula vinculante em sentido contrário = não é cabível a ação rescisória, inclusive pelo fato de a matéria ser controvertida (Súmula 343/STF).
- (iii) Não é cabível ação rescisória contra a decisão transitada em julgado contrária à súmula por ofensa aos dispositivos reguladores da súmula vinculante (constitucionais e infraconstitucionais).
- (iv) Não é cabível ação rescisória por contrariedade à súmula ou por erro de fato, para desconstituir a decisão transitada em julgado em sentido diverso do sumulado.
- (v) Exceto a única hipótese em tese admissível para a desconstituição da coisa julgada (que não justifica o cabimento, mas a procedência do pedido rescisório), o entendimento sumulado não deve prevalecer sobre o individual transitado em julgado, por razões de segurança jurídica e de credibilidade da função jurisdicional. Some-se que, historicamente, tanto na *common law* quanto na *civil law*, a coisa julgada tem razões e justificativa histórica.
- (vi) Uma decisão transitada em julgado, ainda que em sentido contrário ao entendimento sumulado com efeito vinculante, afronta a autoridade do Supremo Tribunal Federal e o ordenamento jurídico. Por outro lado, desrespeito maior, com maior risco para a segurança jurídica seria desconsiderar a coisa julgada e/ou ampliar as hipóteses de cabimento da ação rescisória sem amparo legal.
- (vii) Não poderá haver a argüição de descumprimento em execução de sentença ou em impugnação ao cumprimento de sentença, por falta de previsão legal (artigo 475-L, § 1º, do CPC)

CONCLUSÃO

Do primeiro capítulo ficou clara a necessidade de que, até para a realização da justiça, *haja a proteção ao valor segurança, em especial assegurando o respeito ao princípio da segurança jurídica*, efetivado por instrumentos como a coisa julgada e a súmula vinculante. E a tão defendida idéia de efetividade da jurisdição não é de todo incompatível com a de segurança jurídica.

Do segundo capítulo, surgiu a outra premissa — *apenas em casos extremos e dentro das hipóteses expressamente previstas em lei é possível a desconstituição da coisa julgada*. Tanto os ordenamentos de países de tradição romano-germânica quanto os de *common law* asseguram o respeito à coisa julgada. Nestes, inclusive, há outros instrumentos como o *collateral estoppel* que também evitam a rediscussão de temas indefinidamente em juízo.

Nem mesmo em nome de princípios e valores outros, como os de justiça, pode-se, de forma desmedida, ampliar as hipóteses de desconstituição da coisa julgada, relativizando-a indistintamente.

No terceiro capítulo, observou-se que o Direito Norte-americano e o Inglês, pela suas origens e características próprias, possibilitam o exercício de atividade criadora pelo juiz. Até por isso, e em nome de que haja segurança jurídica, desenvolveu-se a sistemática do *stare decisis*, dos precedentes vinculativos.

E, embora tenha ocorrido um maior desenvolvimento do *statute law* e a *House of Lords* inglesa tenha alterado um pouco a prática vinculativa, é certo que o *stare decisis* é uma forte marca dos países de *common law*.

Ao contrário, os países de *civil law*, por preocuparem-se mais com os julgamentos a partir de normas postas, não tiveram tamanha tradição com a vinculação das decisões judiciais (a atividade interpretativa existe nos dois sistemas, mas com traços distintos).

Portugal chegou a adotar os *assentos obrigatórios*, mas preferiu, como no Brasil, assegurar o respeito às decisões superiores por meio de um sistema recursal mais elaborado que possibilitasse a uniformização jurisprudencial.

A terceira premissa, construída ao longo do terceiro capítulo, foi a de que *a vinculação das decisões judiciais também é de extrema importância para garantir a previsibilidade das condutas e assegurar o respeito à segurança jurídica.*

Embora não tenha tanta tradição no assunto (mais no controle concentrado), o Direito Brasileiro passou a adotar, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, a súmula vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal. A intenção é a de reduzir o volume dos processos em tramitação, otimizando a prestação jurisdicional e evitando que matérias já apreciadas e consolidadas no âmbito da Corte Suprema sejam constante e corriqueiramente rejuizadas.

A súmula, nos termos do artigo 103-A, da Constituição Federal, e do artigo 2º, da Lei 11417/2006, poderá ser criada (assim como revisada ou cancelada) de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, e terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos órgãos da Administração Pública direta e indireta (nas esferas federal, estadual e municipal). O objetivo é o de, além de tornar público o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, impor o respeito à jurisprudência, o que dá segurança jurídica ao sistema, na medida em que as decisões inferiores devem conformar-se com os enunciados vinculantes.

A “crise” do Supremo Tribunal Federal já é anunciada há muito tempo, desde 1890, quando se decidiu pela utilização do recurso extraordinário copiado do *writ of error* norte-americano, pois a competência federal no Brasil é muito mais ampla do que a o federalismos norte-americano.

O instrumento, se corretamente utilizado, cumprirá importante papel, otimizando a prestação jurisdicional e dando segurança jurídica. O maior risco, de engessamento do entendimento do Supremo Tribunal, pode ser evitado com a revisão sistemática das súmulas (com as quais, aliás, a Corte tem larga experiência).

Nessa linha, a atual regulamentação legislativa (Lei 11417, de 2006) ampliou o rol dos legitimados (previsto na Constituição da República apenas para os autores de ações diretas de inconstitucionalidade) para requerer a edição, cancelamento e revisão de súmula vinculante, e delegou maiores detalhes procedimentais para serem fixados pelo Supremo Tribunal Federal – que utilizará o instrumento e sentirá, na sua experiência e prática cotidianas, a necessidade de estabelecer novas exigências.

E a Emenda Constitucional 45, que instituiu a súmula vinculante, está inserida em um contexto de busca da efetividade da prestação jurisdicional já estampado nas recentes reformas da legislação processual civil. Aliás, interessante observar que, de forma discutível (considerando a possibilidade de decisão conflitante com súmula vinculante a ser editada), a Lei 11417/2006, no artigo 6º, estabelece que os processos versando matérias debatidas para revisão, cancelamento ou revisão de súmula vinculante, não deverão ser suspensos.

Mas como tanto a coisa julgada quanto a súmula vinculante relacionam-se com a garantia da segurança jurídica, é importante enfrentar as situações que podem surgir, de conflito entre ambos os instrumentos.

A solução, a partir das premissas construídas nos capítulos anteriores, é facilmente atingida: como a súmula não é norma e considerando que há maior risco na sua observância cega e a qualquer tempo do que na garantia do respeito à coisa julgada, devem ser observadas as limitações do próprio ordenamento e as razões de segurança jurídica e respeitadas as decisões formadas, ainda que contrariamente ao entendimento vinculativo do Supremo Tribunal Federal.

Em uma única hipótese, e dependendo da análise do caso concreto, pode-se admitir a rescisão de uma decisão transitada em julgado em sentido contrário ao de uma súmula vinculante, e não pelo simples argumento de que contraria o verbete sumular.

Considerando o respeito à segurança jurídica, melhor assegurado não só no âmbito individual, mas, também, para toda a coletividade (e para o Poder Judiciário que ganha em respeitabilidade e credibilidade), deve prevalecer a obediência à coisa julgada no conflito com a súmula vinculante, não havendo falar em simples desconsideração ou desconstituição de decisão transitada em julgado pela existência ou superveniência de súmula vinculante em sentido contrário.

Essa, a preocupação e a constatação central do estudo — não se deve, apenas, porque o instrumento da súmula vinculante pode ser eficaz e é importante haver a falsa idéia de que só ele assegura o respeito à segurança jurídica.

E, com o intuito de colaborar para discussão mais aprofundada sobre o tema, foram identificadas, no último capítulo, a partir do que foi desenvolvido ao longo

do trabalho, pontualmente, as soluções para os conflitos que podem surgir com a adoção da súmula vinculante, considerando-se o instituto da coisa julgada.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- AMERICANO, Jorge. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisória dos Julgados no Direito Brasileiro*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1936.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS — AMB (org.). *Justiça: Promessa e Realidade: o Acesso à Justiça em Países Ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- ADAMS, George Burton. *The Origin of the English Constitution*. Washington: BeardBooks, 2002.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. v. I. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- AMADEO, José Luis. *La Cosa Juzgada según la Corte Suprema – selección de jurisprudencia*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais de. *Direito Processual Civil*. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- AMERICANO, Jorge. *Estudo Theorico e Pratico da Acção Rescisória dos Julgados no Direito Brasileiro*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 1936.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Noções Elementares de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9^a ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BACRE, Aldo. *Recursos Ordinarios y Extraordinarios*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1999.
- BABINGTON, Anthony. *The Rule of Law in Britain — from the Roman Occupation to the Present Day*. 3^a ed. Chichester: Barry Rose, 1995.
- BAKER, J. H.. *An Introduction to English Legal History*. 4^a ed. Bath: Butterworths Lexis Nexis, 2002.

- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BAPTISTA, Doreste N. *Da Argüição de Relevância no Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BARNETT, Peter. *Res Judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Black's Law Dictionary*. 2nd pocket edition. Minneapolis: West Group, 2001.
- BLACKSTONE, William. *Commentaries on the Laws of England (Facsimile of the First Edition of 1765-1769)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de FAIT, Alfredo, do original *Diritto e Stato nel Pensiero di Emanuele Kant*. 2^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
- _____. *Locke e o Direito Natural*. Tradução de BATH, Sérgio, do original 'Locke e il diritto naturale'. 2^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- _____. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de PUGLIESI, Márcio, BINI, Edson, RODRIGUES, Carlos E.. São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de BAPTISTA, Fernando Pavan, SUDATTI, Ariani Bueno. 2^a ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 2^a ed. Brasília: Paz e Terra, 1990.
- BOURDIEU, Pierre. *Poder Simbólico*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- BRENNER, Saul, SPAETH, Harold J.. *Stare Decisis — the Alteration of Precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- BUCKLAND, W.W. e MACNAIR, Arnold D. *Derecho Romano y Common Law — una Comparación en Esbozo*. 2^a ed. Madrid: Fundacion Seminario de Derecho Romano Ursicino Alvarez, 1994. Tradução de UGARTE, Ignacio Cremades do original *Roman Law and Common Law*. Cambridge: Syndicate of the Press of the University of Cambridge, 1936.
- BÜLOW, Oscar Von. *La Teoria de Las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUZUID, Alfredo. *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CAETANO, Marcello. *História do Direito Português*. v. I. Lisboa: Editorial Verbo, 1981.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil — Historia y Legislaciones*. Tomo I. v. I.

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CLERMONT, Kevin M.. *Principles of Civil Procedure*. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.
- Código de Processo Civil — Legislação Complementar (organizada por Miguel Mesquita)*. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- Colecção da Legislação Antiga e Moderna do Reino de Portugal — Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.
- COHEN, Morris L., BERRING, Robert C., OLSON, Kent C.. *How to Find the Law*. 9ª ed. St Paul, MINN: West Group, 1989.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Agravo de Instrumento Contra Decisão Denegatória de Recursos Extraordinários*. São Paulo: Carthago Editorial, 2000.
- _____. *Recurso Extraordinário — Origem e Desenvolvimento no Direito Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do Direito Português*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COUNTRYMAN, Edwin. *The Supreme Court of the United States and its Appellate Power under the Constitution*. Nova Iorque: Matthew Bender & Company, 1913.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *O Princípio da Segurança Jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n.º 9.784/99) in Revista eletrônica de Direito do Estado*. Número 2 (abril/maio/junho de 2005 - Salvador).
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. Campinas: RED, 1999.
- DARBYSHIRE, Penny. *Eddey & Darbyshire on The English Legal System*. 7ª ed. London: Sweet & Maxwell, 2001.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Limitada, 1972.

- _____. *O Direito Inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DE ROURE, Agenor. *A Constituinte Republicana*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1920.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNOLA, Eduardo, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos* (tradução de Antônio Carlos Diniz de Andrada). Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis* (tradução de Manuel A. Domingues de Andrade). 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Fernando Amâncio. *Manual dos Recursos em Processo Civil*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA, Valdemar M. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.
- FONSECA, Tito Prates da. *As Nulidades em Face do Código de Processo Civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.
- FREIRE, Felisberto. *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*. Tomo I. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.
- FRIED, Charles. *Saying what the Law is*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *A History of American Law*. 2ª ed. New York: Simon & Schuster, Inc., 1985.
- GAMA, Vasco de Lacerda. *Recurso Extraordinário*. S/ editora, 1937.

- GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 2ª ed. St. Paul, Minn: West Group, 2001.
- GELDART, William. *Introduction to English Law*. 11ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- GERLIS, Stephen M., LOUGHLIN, Paula. *Civil Procedure*. London: Cavendish Publishing Limited, 2001.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GILMORE, Grant. *The Ages of American Law*. Michigan: Yale University Press, 1974.
- GLENDON, Mary Ann, GORDON, Michael W., CAROZZA, Paolo G.. *Comparative Legal Traditions*. St Paulo, MINN: West Group, 1999.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. 2ª ed. Oxford: University Press, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação — Aplicação do Direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____ e Guerra Filho, Willis Santiago (organizadores). *Direito Constitucional — Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior*. 09/09/2005. Site: www.mundojuridico.adv.br, consultado em 21/07/2006.
- GUIBOURG, Ricardo A. *Fuentes del Derecho* in VALDÉS, Ernesto Garzón, LAPORTA, Francisco J.. *El Derecho y la Justicia*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- GUIMARÃES, Mário. *Recurso de Revista*. São Paulo: Livraria Martins, 1942.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional — a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

- HALE, Matthew. *The History of the Common Law of England. (Facsimile of the Edition of 1713)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.
- HAMILTON, Alexander. *O Federalista, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay*. Trad. de Heitor Almeida Herrera do original *The federalist*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- HART, Herbert L. A.. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HART Jr., Henry M., WECHSLER, Herbert. *The Federal Courts and the Federal System*. Brooklyn: The Foundation Press, 1953.
- HENRIQUES, Manuel Leal-. *Recursos em Processo Civil*. 3ª ed. Lisboa: Vislis Editores, 1998.
- HERNÁNDEZ, Héctor H.. *Valor y Derecho – Introducción Axiológica a La Filosofía Jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HILLIARD, Francis. *The Law of New Trials and Other Rehearings*. New York: William S. Hein & Co., Inc: 1997.
- HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*. 2ª ed. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 2001.
- HOGUE, Arthur R.. *Origins of the Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1986.
- HOLMES, JR, Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Barnes & Noble, 2004.
- INGMAN, Terence. *The English Legal Process*. 8ª ed. London: Blackstone Press Limited, 2001.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005.
- JÚNIOR, João Mendes de Almeida. *Direito Judiciário Brasileiro*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *O que é Justiça*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Que es la Justicia?* Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Ed. La Salle, 1953.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e Outros Problemas*. v. II. Brasília: Imprensa Nacional, 1999.
- LEITÃO, Helder Martins. *Dos Recursos em Processo Civil*. 3ª ed. Porto: Elcla, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- _____. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos Recursos Cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Sistemas de Normas Gerais dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1963.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo (tradução de E. Jacy Monteiro, do original 'The Second Treatise of Government')*. São Paulo: Ibrasa, 1963.
- LUGONES, Narciso Juan. *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1992.
- MADRAZO, Francisco. *Orden Jurídico y Derecho Judicial*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1985.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. vv. II e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 1974.
- MARQUES, Mário Reis. *História do Direito Português Medieval e Moderno*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-americana — uma Lição para a Europa*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas, 1994.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 5ª ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- _____. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MAY, Christopher N., IDES, Allan. *Constitutional Law — National Power and Federalism*. 3ª ed. New York: Aspen Publishers, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo Reis (coord). *Dos Recursos. v. 2. Temas Obrigatórios e Atuais — Vetores Recursais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002.
- _____. (coord.). *Questões Processuais do Novo Código Civil*. Barueri: Minha Editora, 2006.
- MEADOR, Daniel John. *American Courts*. 2ª ed. St. Paul, Minn: West Group, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de Novembro de 1937*. Tomo II. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti editores, 1938.
- _____. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998.

- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis (tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, do original 'De l'esprit dês lois')*. Brasília: Editora Univesidade de Brasília, 1982.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Direito Aplicado II (pareceres)*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MORELLO, Augusto M.. *La Nueva Etapa del Recurso Extraordinario el "Certiorari"*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- NEMETH, Charles P.. *Litigation, Pleadings and Arbitration*. 2ª ed. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 1997.
- NELSON, William E.. *Americanization of the Common Law — the Impact of Legal Change on Massachusetts*. Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- NEVES, Antonio Castanheira. *O Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção, RAMOS, Glauco Gumerato, FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima, MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.
- NORONHA, Carlos Silveira. *Do Agravo de Instrumento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- OLIVEIRA, Cândido. *Algumas Notas sobre o Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C., 1910.
- ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma Teoria das Nulidades in Revista de Processo*, nº 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Recurso Extraordinário*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1935.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito. Direito* (tradução de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Lógica Jurídica*. (tradução de Vergínia K. Pupi). São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PERRY, R. Ross. *Common-law Pleading — Its History and Principles*. Boston: Little, Brown, and Company, 1897.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PONTES, Kassius Diniz da Silva, CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão, KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O Raciocínio Jurídico na Filosofia Contemporânea: Tópica e Retórica no Pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman*. São Paulo: Carthago Editorial, 2002.
- POSNER, Richard A. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito (tradução de L. Cabral de Moncada, do original 'Rechtsphilosophie')*. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1974.
- RAWLS, John. *Teoria de la Justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1993.
- REIS, José Alberto dos. *Código de Processo Civil Explicado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1939.
- _____. *Código de Processo Civil Anotado*. v. V. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- _____. *Código de Processo Civil Anotado*. v. VI. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- _____. *A Função do Supremo Tribunal de Justiça Segundo o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL português in* *Ajuris*, v. 13, n. 38, pp. 7-22, nov. 1996.
- Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Número 4 — julho/dezembro de 2004. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. Número 5 — janeiro/junho de 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- Revista de Processo* — REPRO 32 — fevereiro de 2006. Ano 31. São Paulo: RT, 2006.
- ROBINSON, OF, FERGUS, TD, GORDON, WM. *European Legal History — Sources and Institutions*. 3ª ed. London: Butterworths, 2000.

- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- RODRIGUEZ, César. *El Debate Hart — Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002.
- ROEBUCK, Derek. *The Background of the Common Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- ROSENBERG, Léo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, 1955.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político (tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, do original 'Du Contrat Social: Principes du Droit Politique)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo Grau de Jurisdição — Conteúdo e Alcance Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de FRADERA, Véra Jacob de, do original *Trattato di Diritto Comparato*. São Paulo: RT, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el Control Político — Función Política y Posibles Modelos Institucionales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- SANTIAGO, Alfonso, ÁLVAREZ, Fernando (coord). *Función Política de la Corte Suprema — Obra em Homenaje a Julio Oyhanarte*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante: um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Alexandre Vitorino da et al. *Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do Direito Português — Fontes de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. v. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SILVA, Vasco Manuel Pereira da. *A Natureza Jurídica do Recurso Directo de Anulação*. Coimbra: Almedina, 1985.
- SOARES, Fernando Luso. *O Agravo e o seu Regime de Subida*. Coimbra: Almedina, 1982.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa, 1988.
- SOUZA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879.
- SOUZA, José Soriano de. *Principios Geraes de Direito Publico e Constitucional*. Recife: Casa Editora: 1893.
- STONER JR, James R.. *Common-law Liberty — Rethinking American Constitutionalism*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.
- STORY, Joseph. *Commentaries on Equity Pleadings and the Incidents Thereof*. 10ª ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1892.
- SUEUR, Andrew Le, HERBERY, Javan, ENGLISH, Rosalina. *Principles of Public Law*. 2ª ed. London: Cavendish Publishing Limited, 1999.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribuansi, 2005.
- TAMANAHHA, Brian Z.. *On the Rule of Law — History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Nova Iorque: The Lawyers' Cooperative Publishing Company, 1905.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- VALDÉS, Ernesto Garzón, LAPORTA, Francisco J. (coord.). *El Derecho y la Justicia*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Intepretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no Código de Processo Civil Brasileiro*. 3ª ed. do livro *O Novo Regime do Agravo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, GOMES JR, Luiz Manoel, FISCHER, Octavio Campos, FERREIRA, William Santos (coordenadores). *Reforma do Judiciário: Primeiras Reflexões sobre a Emenda Constitucional n°45-2004*. São Paulo: RT.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Cosa Juzgada — Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- YMAZ, Esteban. *La Escencia de la Cosa Juzgada y otros Ensayos*. Buenos Aires: La Ley, 1995.
- YMAZ, Esteban, REY, Ricardo E.. *El Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)