

## GOVERNANTES E JUÍZES: ALGUNS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PODER NORMATIVO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

### *RULERS AND JUDGES: SOME HISTORICAL BACKGROUND OF THE NORMATIVE POWER OF THE SUPERIOR COURTS*

José Maria Rosa Tesheiner\*

Recebimento em 08 de junho de 2016.

Aprovação em 04 de julho de 2016.

**Resumo:** Este artigo trata das (às vezes) tensas relações entre juízes e governantes, numa perspectiva histórica, destinada a servir como pano de fundo para o poder normativo concedido aos tribunais superiores pelo novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** Direito romano. Lei 13.105/2015. Novo Código de Processo Civil. Revolução Francesa.

**Abstract:** This article deals with the (sometimes) tense relations between judges and rulers, from a historical perspective, intended to serve as a backdrop for the legislative powers granted to the high courts by the new Brazilian Civil Procedure Code.

**Keywords:** Roman law. Law 13,105 / 2015. New Civil Procedure Code. French Revolution.

## INTRODUÇÃO

É forte a tendência de se atribuir poderes normativos aos tribunais superiores. Assim já foi, deixou de ser, poderá de novo ocorrer. Produto da História, o Direito muda com ela. Destina-se este artigo a situar historicamente o poder normativo atribuído aos tribunais superiores pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015), para o que se adotou o método sistêmico, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

## DIREITO ROMANO

Olhando-se para a História, resta claro que o núcleo da jurisdição se encontra, como indica seu étimo, no poder de dizer o direito e, de maneira mais precisa, no poder de dizer o direito nos casos concretos de conflitos entre particulares.

No Direito romano das ações da lei e das fórmulas, havia ainda a divisão entre a atividade do pretor, autoridade pública, e a do juiz, cidadão privado, cabendo, basicamente, ao primeiro, dizer o direito e, ao segundo, o exame dos fatos.

O pretor não deduzia o Direito apenas das leis, em especial a das XII Tábuas, mas

---

\* Professor de Direito Processual Civil na PUC-RS no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Porto Alegre-RS, Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul– UFRGS. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Autor convidado. Email: josetesheiner@gmail.com

também dos usos e costumes.

E, das decisões do pretor, chegou-se, por indução, à formação de um novo Direito: o pretoriano.

Vê-se, assim que, desde a origem, a atividade jurisdicional apresentou uma dupla face: uma dedutiva, outra indutiva: uma de aplicação do Direito ao caso concreto; outra de geração de novas normas jurídicas.

No Império isso tudo mudou. O juiz imperial passou tanto a dizer o direito quanto a examinar os fatos sobre os quais haveria de incidir, pondo-se fim à divisão do processo em suas duas fases, *in jure* e *in judicio*, e o imperador tratou de monopolizar a criação do Direito, pondo fim ao direito pretoriano.

E foi esse Direito Imperial que foi recebido ao término da Idade Média e foi por isso que se veio posteriormente a desenhar o juiz boca-da-lei, de que fala Montesquieu, tendo por função aplicar o Direito legislado ao caso concreto, reservando-se ao Poder legislativo a função de criação de normas gerais e abstratas, chegando-se a excluir a jurisprudência dentre as fontes do Direito.

## A RECEPÇÃO DO DIREITO ROMANO

Observa H. J. Berman (1983) que os modernos sistemas jurídicos ocidentais surgiram com o fenômeno da chamada recepção do Direito Romano, combinado com o surgimento das universidades européias e o método escolástico.

O Direito, que começou a ser estudado no fim do século XI, início do XII, não era o então vigente, mas o contido num antigo manuscrito descoberto em 1080, que reproduzia o Digesto do Imperador Justiniano.

A essa descoberta, dois outros ingredientes somaram-se para a criação da tradição jurídica ocidental: a escolástica como método de análise e o ambiente em que foi aplicada: a universidade.

Dentre os estudiosos dos recém descobertos textos do Direito romano destacou-se Irnerius, que passou a lecionar em Bolonha, a partir de 1.087.

Para Bolonha acorreram jovens estudantes de toda a Europa, que constituíram uma “*universitas*”, corporação ou guilda, uma “república de estudantes”, que contratava os professores, decidia o que seria ensinado, a duração das aulas, determinava os dias feriados e o preço da venda ou aluguel dos livros. A *universitas* tinha jurisdição civil e criminal sobre

seus membros.

Os professores constituíram sua própria associação, o colégio dos professores, com o poder de examinar e admitir candidatos ao doutorado. Entretanto, um decreto papal de 1219 privou os professores do poder de outorgar o grau de doutor, criando uma *licentia docendi* (licença para ensinar), concedida pela Igreja, a qual passou a ser exigida na Itália e em outros países.

O método escolástico, aplicado ao Direito e à Teologia, pressupõe a absoluta autoridade de certos livros que contêm um corpo completo e integrado de doutrina mas, paradoxalmente, também pressupõe a existência, neles, de lacunas e de contradições que precisam ser resolvidas. Eram estes livros a Bíblia e os escritos dos padres da Igreja, no caso da Teologia; o *Corpus Juris Civilis*, compreendendo o Código de Justiniano, o Digesto, as Institutas e as Novelas, no caso do Direito.

O mais notável exemplo de aplicação da dialética na formação da ciência jurídica ocidental encontra-se, provavelmente, no grande tratado do monge bolonhês Graciano, escrito ao redor de 1140, caracteristicamente intitulado “A concordância dos cânones discordantes”.

O método escolástico, na sua expressão mais simples, consistia na apresentação de uma questão, decorrente de passagens contraditórias em um texto autorizado, seguido de uma *propositio*, apresentando as autoridades e razões em suporte de uma posição, seguindo-se uma *opositio*, com as autoridades e razões contrárias e, finalmente, uma *solutio* ou conclusão, demonstrando serem falsos os argumentos da oposição, ou necessitar a proposição de alguma qualificação ou precisar ser desconsiderada, à luz da oposição.

Esse modo de demonstração foi totalmente inovador, combinando a dialética de Aristóteles com a terminologia de Justiniano, num contexto social e intelectual totalmente diverso (BERMAN, 1983).

## **E VEIO A REVOLUÇÃO FRANCESA**

Escrevia o cardeal Consalvi em 1815 que Noé, ao sair da arca depois do dilúvio, não havia encontrado o mundo mais transformado do que um homem do século XVIII lançado para o novo século que se inaugurava em 1800. Acabara uma fase da história, uma civilização, que durante séculos tinha servido de suporte ao edifício religioso da Igreja. Surgia agora uma sociedade nova das ruínas deixadas pelo passado. E perguntava qual o lugar que a Igreja de Cristo passaria a ocupar nesse novo espaço. A Revolução na Europa tinha

assumido uma dimensão anticatólica. Assistira-se também a uma revolução econômica e social. Com a Revolução Francesa acabara a antiga sociedade aristocrática, que defendia a origem divina do poder. Surgia agora uma sociedade de cariz utilitarista, que assentava na importância do lucro. As próprias bases do pensamento eram afetadas. Rejeitada a filosofia aristotélica e até os sistemas de Descartes e de Spinoza, começaram a dominar os de Kant, Hegel, Feuerbach e Comte, com tudo o que de profundo e revolucionário havia para a filosofia tomista tradicional (RODRIGUES, 1980, p. 407-28).

O juiz tornou-se “boca da lei”.

Os fatos são mais fortes do que as lições doutrinárias.

Enxergando a realidade, os advogados nunca deixaram de invocar os precedentes dos tribunais, tendo em vista sua força persuasiva.

A jurisprudência dos tribunais, entendida como entendimento uniforme a respeito de determinado assunto, sempre foi importante, ainda que afirmando-se a Lei como fonte única do Direito, atuando, aí, a força persuasiva dos argumentos ou a autoridade moral dos tribunais.

Circunstâncias históricas levaram à constituição de sistemas jurídicos opostos que, por novas circunstâncias históricas, tendem agora a confluir: o sistema anglo-saxão, fundado nos precedentes e, por isso, predominantemente pretoriano e o sistema da Europa continental, que herdamos.

## **FRANKLIN ROOSEVELT**

As relações entre juízes e governantes, às vezes tensas, revestem-se de dramaticidade em determinados momentos.

Em novembro de 1936, Franklin Roosevelt foi reeleito por vasta maioria. Seu Partido detinha, ademais, a supremacia no Congresso. Contudo, em janeiro de 1937, Suprema Corte, numa série de devastadoras decisões, havia deixado em ruínas o seu plano de governo: o *New Deal*. Em 2 de fevereiro de 1937, em um coquetel na Casa Branca, Franklin Delano Roosevelt levantou sua taça, num brinde, dizendo: “À Suprema Corte. Ainda que desagradável, chegou a hora de enfrentá-la”. Sua proposta era escandalosa: acrescentar um juiz, até o máximo de 6, para cada juiz que tivesse mais de setenta anos de idade e 10 anos de atividade na Corte, e preencher as vagas assim abertas com novos juízes, comprometidos com os ideais de

progresso econômico e social do *New Deal*. Seu projeto foi rejeitado, mas provocou uma revolução na interpretação da lei constitucional, passando a Corte a admitir legislação reguladora da economia, com a fixação, por exemplo, de um salário mínimo para os trabalhadores (SHESOL, 2010).

## CAFÉ FILHO

Em 22 de novembro de 1955, o Congresso Nacional declarou estado de sítio e impedimento do presidente Café Filho. O Exército cercou sua casa com tanques e metralhadoras, impossibilitando-o fisicamente de reassumir a Presidência da República.

Contra essa decisão de impedi-lo de reassumir a presidência, Café Filho impetrou mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal, em que o Procurador-Geral da República arguiu a preliminar de não-conhecimento, porque o estado de sítio implicava a suspensão dos direitos constitucionais, entre os quais, o direito à impetração de mandado de segurança. Logo, para conhecer do mandado de segurança, era necessário declarar, antes, a inconstitucionalidade do estado de sítio.

No julgamento, disse o Ministro Nelson Hungria:

Estamos diante de um dilema: ou não conhecemos do mandado de segurança ou conhecemos dele, para deferi-lo ou negá-lo. Não há sair daí. Ou o estado de sítio é constitucional, e não podemos conhecer do presente mandado; ou é inconstitucional, ou o caso vertente não incide sob o seu império, por ser anterior, como entendeu o eminente Sr. ministro relator, e teremos de conhecer do mandado, para concedê-lo ou recusá-lo.

Afirmou, depois:

Senhor Presidente, pode-se discordar de certas razões expendidas no ofício de informações do Poder ao Sr. ministro relator; mas há uma que é irrecusável, embora não formulada francamente: ao declarar o impedimento do ilustre Sr. João Café Filho, o Congresso não fez mais que reconhecer uma situação de fato irremovível dentro dos quadros constitucionais ou legais, qual a criada pelo imperativo dos canhões e metralhadoras insurrecionais que barravam e continuam barrando o caminho do Sr. João Café Filho até o Catete. A presidência da República não podia ficar acéfala, e a sua ocupação pelo Sr. vice-presidente do Senado, dada a anterior renúncia do Sr. Carlos Luz à presidência da câmara dos Deputados, era mandamento do art. 79, § 1o, da constituição (...)

Qual o impedimento mais evidente, e insuperável pelos meios legais, do titular da presidência da República, que o obstáculo oposto por uma vitoriosa insurreição armada?

Em nenhum momento, a manifestação utilizou de ambiguidade ou subterfúgios para deixar de apreciar a realidade: a limitação do Supremo Tribunal Federal em interromper a revolução das armas.

Afastado “o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade”, a resolução do congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se

Jan./Jun. de 2016

acha o Sr. café Filho, de reassumir a presidência da República, em face da imposição dos *tankes* e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais auspicioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida *do jure* por esta corte.

É uma situação de fato criada e mantida pelas forças das armas, contra a qual seria, obviamente, inexecutável qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infligiram; sua vontade é que conta, e nada mais.

Admita-se que este Tribunal reconhecesse inconstitucionais o impedimento do Sr. café Filho e o estado de sítio: volver-se-ia ao *statu quo ante*, isto é, à situação insurrecional do Exército, que ainda continua com seus canhões em pé de guerra no campo de Santana e alhures, para impedir o retorno do Sr. Café Filho à presidência da República. Desde que o chefe da insurreição não assumiu, *ex proprio Marte*, a presidência da República, quem devia assumi-la? O Sr. vice-presidente do Senado, o penúltimo atualmente disponível na escala do art. 79, § 1o, da constituição. A declaração de impedimento do Sr. café Filho pelo congresso foi, em última análise, uma superfluidade. Com ou sem essa declaração, e não querendo os insurretos assumir o governo da República, o Sr. vice-presidente do Senado é que tinha que ocupar o Catete, posto que a presidência da República não podia ficar em acefalia.

A lei do estado de sítio foi sancionada por quem, constitucionalmente, está substituindo o Sr. café Filho, na presidência da República, dado o impedimento deste, decorrente do inelutável *sic volo, sic jubeo*, das forças insurrecionais.

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípio, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não poder cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada.

Numa entrevista, o Professor Afonso Arinos, afirmou que o julgamento desse mandado de segurança serviria para verificar se os ministros do Supremo Tribunal Federal eram “leões de verdade ou leões de pé de trono”.

Respondendo a essa provocação, concluiu o Ministro Nelson Hungria:

Jamais nos inculcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.

Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a presidência da República, antes de ser declaração do congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica. Não conheço de pedido de segurança.

O Ministro Mário Guimarães acompanhou o entendimento de Nelson Hungria, dizendo:

Qual a atitude da magistratura em face dos governos de fato?

De absoluto respeito. De acatamento às suas deliberações. A magistratura, no Brasil ou alhures, não entra na apreciação da origem do governo. Do contrário, teríamos o Poder Judiciário a ordenar a contrarrevolução, o que jamais se viu em qualquer país do mundo. (...) Quando, em 1930, as forças do Sr. Getúlio Vargas venceram o Sr. Washington Luiz, ninguém se lembrou de recorrer ao Judiciário a fim de que fossem restituídos os quinze dias que faltavam para o término do quadriênio. E quem se

Jan./Jun. de 2016

lembraria de, por intermédio da Justiça, tomar contas do glorioso marechal Deodoro quando, em 1889, derrubou de seu trono o venerando D. Pedro II, imperador vitalício do Brasil? O próprio governo do marechal Floriano, o ínclito marechal de Ferro, não resistiria a uma análise constitucional, pois que a carta de 91 prescrevia novas eleições quando a vaga de presidente ocorresse no primeiro biênio. E, se mergulharmos mais para o passado, veremos que até o reinado de D. Pedro II se instalou com infringência da constituição do Império, que estatuiu a maioria aos 18 anos.

(...)

Não é o direito do Sr. Nereu Ramos ou do Sr. café Filho, simplesmente, que está em jogo. É a orientação a ser dada aos destinos da nação. Essa compete aos órgãos políticos, não a nós.

## **CASTELO BRANCO**

No Brasil, em 27/11/1965, foi editado o Ato Institucional n. 2, firmado pelo Presidente Castelo Branco, aumentando de 11 para 16 o número de Ministros do Supremo Tribunal, porque (se disse):

A revolução está viva e não retrocede. Tem promovido reformas e vai continuar a empreendê-las, insistindo patrioticamente em seus propósitos de recuperação econômica, financeira, política e moral do Brasil. Para isto precisa de tranqüilidade. Agitadores de vários matizes e elementos da situação eliminada teimam, entretanto, em se valer do fato de haver ela reduzido a curto tempo o seu período de indispensável restrição a certas garantias constitucionais, e já ameaçam e desafiam a própria ordem revolucionária, precisamente no momento em que esta, atenta aos problemas administrativos, procura colocar o povo na prática e na disciplina do exercício democrático. Democracia supõe liberdade, mas não exclui responsabilidade nem importa em licença para contrariar a própria vocação política da Nação. Não se pode desconstituir a revolução, implantada para restabelecer a paz, promover o bem-estar do povo e preservar a honra nacional.

Momentos como esse, de crises institucionais, são felizmente raros, deles não se podendo extrair regras para o dia a dia.

## **A TENDÊNCIA NO SENTIDO DE SE ATRIBUIR COMPETÊNCIA NORMATIVA AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Constata-se a ocorrência, no Brasil, de uma nítida tendência de se atribuir poderes normativos aos tribunais superiores, não apenas no sentido de se atribuir eficácia vinculante aos seus precedentes, mas também pela atribuição do poder de editar súmulas, isto é, normas gerais e abstratas, que acolhem uma interpretação da Lei, em detrimento de outra igualmente possível e razoável, uma atividade de densificação de normas legais.

Não se trata apenas de uma tendência brasileira. Também no Chile, por exemplo, a tendência igualitarista inspira o projeto de um novo Código de Processo Civil (ora em tramitação no Senado), com previsão de um recurso extraordinário que implica a adoção de

precedentes vinculantes, contra o que se tem objetado – observa Ignacio Alejandro Avedaño Leyton (2013, p. 79-94) -, que: 1º) atenta contra a independência com que devem contar os tribunais para resolver os casos entregues à sua decisão; 2º) que a uniformização petrifica o Direito, impedindo sua evolução; 3º) que se poderá vir a tratar como iguais casos desiguais.

Distinguindo jurisprudência, precedentes e súmulas, Daniel Mitidiero (2015) afirma:

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam *precedentes*. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à *jurisprudência*. As *súmulas* podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes.

A tendência de se atribuir poderes normativos aos tribunais superiores desenha-se nitidamente no artigo 927 do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015):

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O efeito vinculativo das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade tem fundamento constitucional. A Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu na Constituição, o parágrafo 2º do artigo 102, dizendo que “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.” Antes, a Lei 9.868/99 já estabelecera que “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” (art. 28 § único).

Também tem fundamento constitucional o efeito vinculante dos enunciados de súmula vinculante. A Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu na Constituição o artigo 103-A, dizendo:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial,



terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

## **QUESTÕES DE CONSTITUCIONALIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

O incidente de assunção de competência já se encontrava no Código de Processo Civil de 1973, no parágrafo 1º do artigo 555, incluído pela Lei 10.352/2001. No novo Código, está regulado no artigo 947. Seu parágrafo 3º deixa claro que o incidente visa à fixação de uma tese de direito, vinculante para todos os juízes e órgãos fracionários, cabendo reclamação, no caso de desobediência (art. 988, IV). Eis aí, claro caso de poder normativo inconstitucionalmente atribuído aos tribunais por lei ordinária.

No que diz respeito ao incidente de resolução de demandas repetitivas, observa-se que a interpretação do tribunal, aplicada aos processos pendentes e suspensos, nada mais configura do que mais um caso de competência funcional; sua aplicação, porém, aos casos futuros (art. 985, II), constitui clara hipótese de poder normativo inconstitucionalmente atribuído aos tribunais por lei ordinária.

No que diz respeito aos recursos repetitivos, o Código determina que, publicado o acórdão paradigma, os processos suspensos retomarão o seu curso, aplicando-se a tese firmada pelo tribunal superior (art.1.040, III). A aplicação aos casos futuros decorre do artigo 927, II.

O mesmo artigo 927 atribui poder normativo às súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e às do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV).

Trata-se, também aí, de indevida atribuição legislativa aos tribunais, por simples lei ordinária.

Inova, assim, o Código de Processo Civil, dispondo sobre as próprias fontes do Direito.

A Lei 11.417, de 19/12/2006, disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, assim regulamentando o artigo 103-A da Constituição Federal.

Os parágrafos 2º a 4º do novo Código de Processo Civil regulam a alteração das decisões normativas dos tribunais, admitindo inclusive modulação de efeitos, como se não houvesse diferença entre a súmula vinculante prevista na Constituição, e outras súmulas e enunciados nela não previstos:

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Imagine-se caso ocorrido no momento A, que é julgado pelas instâncias ordinárias no momento B, com base em súmula do STJ, posteriormente revisada no momento C. Em recurso especial, a causa é então apreciada pelo STJ. Se não houve modulação de efeitos, o Tribunal aplicará a súmula vigente no momento B. Se houve modulação de efeitos, o Tribunal aplicará a súmula vigente no momento C. Em qualquer dos casos, será irrelevante o momento A, aquele em que ocorreram os fatos, a evidenciar aplicação retroativa de normas posteriormente editadas.

Atribui-se assim aos tribunais, um poder normativo vedado às próprias leis, qual seja, o de editar normas retroativas.

As apontadas inconstitucionalidades (que podem ser afastadas por emenda constitucional, ou negadas) não afetam a demonstração da existência de uma tendência, forte no Direito brasileiro, de se atribuir efeitos normativos às decisões dos tribunais superiores, cabendo-lhes a interpretação do Direito em tese e a edição de normas gerais e abstratas, teoricamente subordinadas à lei mas que, de fato, têm maior força do que a lei, porque, desobedecidas pelos tribunais e juízes inferiores, permitem reclamação direta para o tribunal que a editou, ao passo que as decisões contrárias à lei não podem ser cassadas ou reformadas senão pelos meios ordinários. O princípio da separação dos poderes impede que o Legislativo casse decisões judiciais contrárias às normas que edite, o que é permitido aos tribunais superiores, meios ordinários e extraordinários.

## JUSTIFICATIVAS DO NOVO SISTEMA

O sistema que assim se delineia tem muitas justificativas. Busca-se uniformizar o Direito. A Lei deixa de ser igual para todos, se pode ser diferentemente interpretada e aplicada pelos juízes e tribunais. Se o juiz está vinculado à Lei, não é demais que esteja vinculado à correta interpretação da Lei, tal como estabelecida pelos tribunais superiores competentes.

Muitas são as “questiúnculas forenses”, que são importantes para as partes, seus procuradores e juízes, mas que são desimportantes para o Poder Legislativo, seus deputados e senadores. Seria ridículo, por exemplo, um projeto de lei para esclarecer que cabe (ou que não cabe) denúncia da lide nos processos coletivos.

Ademais, a criação de um Direito pretoriano é largamente admitida nos países do *common law*.

Diz Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 263) que, ao contrário do que ocorre em ambientes decisórios rígidos, como no Direito Tributário, o juiz tem certa liberdade para decidir em ambientes decisórios frouxos, como no Direito de Família, em que a qualidade da decisão é mais relevante do que a segurança jurídica. Mas ele deve decidir à luz do *ethos* dominante – e não de seus medos, de suas convicções religiosas ou políticas etc. Ademais, uma vez decidida a questão pelas Cortes Superiores, (com liberdade) devem os órgãos do Judiciário, inclusive as Cortes Superiores, respeitar a opção feita precedentemente, pois a liberdade a considerar não é a do juiz, mas a do Judiciário.

## **EFEITOS COLATERAIS**

Assim, porém, como não há remédio que não produza efeitos colaterais, não desejados, assim também não há sistema jurídico que não tenha seus inconvenientes.

O principal defeito do sistema que se delineia no sistema brasileiro encontra-se na concentração do poder jurisdicional em Brasília e na consequente redução do poder jurisdicional dos tribunais e juízes inferiores, transformados como que em delegados dos tribunais superiores.

Pode-se também apontar como defeito o abandono da regra de que o órgão que edita a lei não deve ser o mesmo que a aplica (Montesquieu), defeito que é maximizado nos casos em que se admite reclamação, recurso (*lato sensu*) interposto diretamente ao tribunal superior, independentemente dos recursos ordinários.

Distinguindo-se ou não texto e norma (MULLER, 2012) corre-se também o risco

de se atribuir super poderes aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, que pode decidir e editar regra *contra legem*, uma possível falha no sistema de pesos e contrapesos, já que o Judiciário controla o Legislativo, sem que recíproca ocorra. Existe, é certo, a possibilidade de edição de lei nova que, desde o início de sua vigência, retire a eficácia do enunciado de súmula com sentido contrário, mas, ainda assim, com o risco de o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei nova, restabelecendo, destarte, a eficácia do enunciado sumular.

Não há dúvida, pois, a respeito da superioridade do Poder Judiciário, do ponto de vista estritamente jurídico. Outra, porém, é a situação do ponto de vista político, porque o Judiciário e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, foi constituído para defesa de uma lei velha, a Constituição e para defender as minorias, uma e outras levadas de roldão, nos momentos de crise, isto é, quando necessárias mudanças fundamentais. O poder jurídico pode ganhar batalhas, jamais a guerra.

A oposição, que aqui se traça, entre poder político e poder jurídico, não implica negação de que é a jurisdição constitui atividade política. Como observa Baum (2013, cap. 1), os tribunais são instituições políticas por definição, sendo de impossível atendimento, sobretudo de parte das cortes superiores, a exigência de que suas decisões se fundamentem unicamente em considerações jurídicas.

Isso, porém, não afasta a existência de uma tensão entre o Judiciário e os demais Poderes do Estado.

## **JURISDIÇÃO E OBEDIÊNCIA AOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Consideremos agora outro tipo de tensão, esta interna, envolvendo a obediência ou desobediência dos demais tribunais e juízes aos enunciados das cortes superiores.

A liberdade de que gozam os tribunais na interpretação dos textos legais (pois até mesmo da interpretação gramatical podem-se deduzir sentidos diversos), volta-se contra os tribunais superiores quando eles próprios exercem poder normativo, editando textos também eles sujeitos a interpretação.

A par disso, o Código contém referencia expressa às técnicas do “*distinguishing*” e do “*overruling*”:

Art. 489

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:  
(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Como é lógico, não se aplica o precedente, se nele não cabe a hipótese concreta e, tampouco, se o próprio tribunal superior o superou.

Quanto ao “*distinguishing*”, teme-se, dado o elevando número de recursos, que o tribunal superior não possa deter-se no exame de pequenos detalhes, ainda que juridicamente relevantes, e “passe uma régua”, tratando igualmente situações desiguais.

Mais relevante é a desobediência frontal ao enunciado de súmula ou precedente, o que, em alguns casos (art. 988, IV), permite reclamação direta ao tribunal afrontado.

Merecem particular atenção as distonias entre o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça, aquele, órgão da União, estes, órgãos dos Estados federados.

Nos Estados Unidos da América do Norte, os Estados detêm amplos poderes legislativos, tanto na esfera do direito material quanto na do processo.

A legislação, no Brasil, é quase toda federal. Os tribunais dos Estados quase que só aplicam normas editadas pela União. Diz-se, por isso mesmo, que o Judiciário não é nem federal, nem estadual, mas nacional, o que significa, em última análise, que, no plano judicial, o Brasil é um Estado unitário.

Busca-se a unidade do Direito e a uniformidade de sua aplicação em todo o território nacional, ainda que haja marcantes diferenças culturais entre Estados de diferentes regiões geográficas.

Essa diversidade de cultura explica, às vezes, a dissintonia entre as decisões dos tribunais superiores e as dos tribunais locais.

Busca-se a uniformidade, atribuindo-se competência normativa aos tribunais superiores, com o que mais se esfuma, no Brasil, a ideia de federação. Os tribunais e juízes locais tornam-se como que delegados dos tribunais superiores.

Isso parece inevitável num sistema que concentra na União quase todas as competências legislativas. Se é necessária a mesma lei em todo o território nacional, parece igualmente necessário que ela seja igualmente interpretada e aplicada em todo o território nacional, sem embargos das fronteiras territoriais e jurídicas existentes entre os Estados da Federação.

Tem-se de abandonar, assim, a ideia da construção de uma decisão justa, por meio de um diálogo das partes com o juiz, substituída pela da imposição quase maquinal de uma solução pré-constituída, exigida pela lógica da isonomia e pelo paradigma da eficiência.

Caminha-se, no que diz respeito às questões de direito, no sentido da robotização da Justiça, cada vez mais factível, pelo progresso da tecnologia, com radical redução do poder de decisão dos tribunais e juízes inferiores.

Conforme Paula Pessoa Pereira (2.014), Tribunal superior deve cumprir a exigência de universalidade (ou abstração) na justificação das decisões, assim definindo “resposta certa”, vinculante para os demais tribunais e juízes, com vistas aos valores da imparcialidade, da igualdade, da previsibilidade e da racionalidade do sistema jurídico. Essa atividade “pública” não exclui, mas deve prevalecer sobre a finalidade “privada”, consistente na correção de erros em casos singulares. A concepção do Superior Tribunal de Justiça como mera corte de revisão não atende à sua função constitucional. Aos tribunais e juízes inferiores cabe a função particularista, basicamente consistente na definição dos aspectos fáticos das causas singulares.

Essa tendência depara-se, porém, com a resistência decorrente da relativa inseparabilidade entre interpretação e aplicação da norma e entre questões de fato e de direito.

As mesmas necessidades que levaram à criação de múltiplos tribunais e juízes impedem que os tribunais superiores reexaminem, um a um, a multidão dos fatos controvertidos, porque cada fato é irredutivelmente único.

Por isso, tende-se, cada vez mais, a atribuir poderes normativos aos tribunais superiores, retirando-se-lhes, em certa medida, competência para o exame dos casos singulares.

Atrás dessa tendência há também um fator econômico. Assim, para sustentar a necessidade de os tribunais e juízes superiores obedecerem às diretivas traçadas pelo Superior Tribunal de Justiça, Paula Pessoa Pereira observa que O índice de confiança na atuação do Poder Judiciário é um dos fatos que influenciam diretamente no índice de desenvolvimento econômico.

Qualquer empresa ou instituição privada que atue no mercado, seja quando contrata empregados seja quando elabora o planejamento dos custos de seus serviços e produtos ou o cálculo de riscos, assim o faz com fundamento e confiança no que dizem os tribunais, mais do que com base na própria legislação (...).

... empresas multinacionais de grande capital apenas operam transações comerciais com os riscos calculados e planejamento de custos e impostos estruturados. Se um país não oferece um ambiente institucional jurídico seguro, por certo afastará o investimento, porquanto demonstra claramente que as resoluções das disputas jurídicas se dão com margem na corrupção ou favorecimento em favor de agentes estatais. (PEREIRA, 2.014, p. 154).

Numa visão crítica dessa tendência, Rezende e Riccetto (2015) interpretam o fenômeno como sintoma da crise do Estado brasileiro:

Em síntese, o Poder iniciou-se concentrado no Leviatã ou, na tardia realidade brasileira, no Imperador, ainda que estruturado em uma separação fragilizada, realidade que se manteve na República em grau mais tênue. Após, migrou para o Legislativo, casa dos representantes do bem comum, e legitimou o Estado da Lei, e, por fim, diante da falta de representatividade dos congressistas, permitiu-se o alargamento das competências do Judiciário e sua intervenção na política.

Ou seja, a história permitiu que um modelo falho se perpetuasse mediante transferência de uma maior concentração de Poderes entre o Executivo, Legislativo e Judiciário, alternadamente, como válvula de escape.

Afirmam constituir erro presumir que o modelo de hoje, com o Judiciário no centro, é ideal e permanente, bastando um pequeno reajuste procedimental (*stare decisis*) para que a engrenagem rode uníssona. Como a própria história já demonstrou, basta uma simples alteração no contexto político para que um ou outro Poder volte à posição de destaque, aniquilando o suposto avanço conquistado, ainda que o movimento cíclico possa vir a demorar muitas décadas até ser visualizado.

A observação é correta. Executivo, Legislativo e Judiciário perfazem uma dança em que cada um pode por sua vez ocupar um lugar central, em função da fraqueza política dos demais.

## CONCLUSÃO

Ainda que numa visão restrita ao momento atual, não vemos o poder normativo reconhecido aos tribunais superiores como sinal de centralidade no sistema jurídico nacional. Seu poder de criar Direito novo é muito restrito. Via da regra, exerce atividade normativa de segundo grau, porque vinculada à lei. O aspecto mais relevante do fenômeno não se encontra nas relações dos tribunais superiores com os demais Poderes, mas no das relações com os tribunais e juízes inferiores, concentrando-se o poder jurisdicional em Brasília, sobretudo quando admitida reclamação direta ao tribunal superior “agravado”.

## REFERÊNCIAS

AVENDAÑO LEYTON, Ignacio Alejandro. El recurso extraordinario. La cuestionada innovación del Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil Chileno. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Edición año 2013. p. 79-94

BAUM, Lawrence. **The Supreme Court**. 11 ed. USA: Sage, 2013.

BERMAN, Harold J. Law and Revolution. **The formation of the Western Legal Tradition**. USA: Harvard, 1983.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Lições de História do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GAIUS. **Institutas do jurisconsulto Gaio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**. n. 245. Jul. 2015. p. 333-349.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. 3. Ed. Cap. X - Texto normativo e norma. Trad. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 154.

PETIT, Eugene. **Tratado Elemental de Derecho Romano**. Trad. Jose Ferrandez Gonzales. Buenos Aires, Albatros, s/d.

REZENDE, Lucas Teixeira de & RICCETO, Pedro Henrique Arcain. Crise do Estado Moderno, Separação de Poderes e stare decisis: Os precedents no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo** n. 245, jul/2015. p. 15-35.

RODRIGUES, Manuel Augusto. **Problemática religiosa em Portugal no século XIX, no contexto europeu**. **Análise Social**, v. XVI (61-62), 1980-1. 1º e 2º, 407-428

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1954.

SHESOL, Jeff. **Supreme Power**. New York & London: W.W. Norton, 1010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (orgs.). **Precedentes**. Curitiba: Juspodium, 2015. p. 263-74