18

SÚMULA VINCULANTE: DESASTRE OU SOLUÇÃO?

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

O tema "súmulas vinculantes" se constitui numa das possíveis saídas para o problema do assoberbamento de trabalho do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, é método que contribui para o prestígio de valores como o da *estabilidade* e o da *previsibilidade*. Por isso, nós o julgamos ideal para ser eleito como objeto de nossas considerações em um despretensioso artigo cujo objetivo é o de homenagear Sálvio de Figueiredo Teixeira, nome que já está na história do processo civil brasileiro. Estas e outras preocupações ligadas à súmula vinculante têm estado presentes na Reforma do Código de Processo Civil, movimento que vem, há quase uma década, liderando com entusiasmo, empenho incondicional e espírito democrático.

Somados os prós e os contras (e há inúmeros prós, e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida legítima, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do nosso Poder Judiciário, de outro lado, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade.

Portanto, alteração do sistema neste sentido seria boa para os jurisdicionados – já que geraria maior segurança e previsibilidade – e boa para o Poder Judiciário – que ficaria menos sobrecarregado, o que, como se sabe, indiretamente, representa benefício para os próprios jurisdicionados.

Argumentos de peso há a sustentar a tese da inconveniência da adoção do sistema da súmula vinculante. Dois deles são os principais: diz-se que adotar a súmula vinculante feriria a regra da separação de poderes, base dos Estados de Direito modernos, já que o Poder Judiciário seria autor de ato normativo geral, função esta que cabe ao Poder Legislativo; e se diz também que, no sistema brasileiro o juiz só pode decidir com base na lei, que representa a vontade geral.

Em primoroso trabalho, Djanira Maria Radamés de Sá[1] afirma que somente onde haja separação de poderes é que "podem ser afastados o despotismo, a desigualdade, a injustiça e à lesão às liberdades individuais."

Em nosso sentir, todavia, a separação de poderes pode existir, sem ser absoluta. De fato suas feições definitivas dependem de como venha a ser prevista pelo sistema jurídico positivo de um país e não deve necessariamente ter as feições que

(1) "Súmula vinculante, análise crítica de sua adoção". Coleção *Acesso à justiça*, coordenação de Celso A. Pacheco Fiorillo e Nelson Nery Jr. v. 2, Del Rey, 1996. p. 109.

tinha quando concebida pelos filósofos cujas idéias estavam por trás do movimento revolucionário na França, notadamente Montesquieu.

Não nos parece, portanto, que a separação de poderes passaria a deixar de existir com a adoção da súmula vinculante. Assim como não se pode dizer terem deixado de existir os princípios da isonomia e da legalidade em função da circunstância de o sistema atual possibilitar que haja decisões totalmente diferentes para situações fáticas absolutamente idênticas.

Princípios são regras gerais, que orientam certos universos (no caso, o sistema jurídico), no plano de sua estrutura. Mas nem tudo o que existe num determinado universo obedece necessariamente aos princípios que estão na base de sua estrutura.

Claro que só se pode dizer que certo universo é orientado por alguns princípios, se a expressiva maioria dos elementos que este universo contém está com eles em *harmonia*. Mas não necessariamente todos os elementos. De fato, nos parece que a idéia de princípio é distante da de *regra absoluta*, que não possa comportar exceções.

Por isso é que pode haver liminares *inaudita altera pars*, apesar do princípio do contraditório; é que a apelação foi suprimida em certas hipóteses da Lei de Execuções Fiscais, apesar do princípio do duplo grau de jurisdição etc.

Por outro lado, o nosso sistema, ao que parece, não admite que o juiz decida senão com base na lei. Orienta a atividade decisória do juiz o princípio do livre convencimento motivado: há liberdade para analisarem-se as provas, formar-se a convicção e decidir-se, com base na interpretação da lei que se entenda correta. O juiz tem, portanto, no sistema brasileiro, a possibilidade de optar pela interpretação da lei que lhe pareça a mais acertada. Adotado o sistema da súmula vinculante, desde logo o juiz teria de se curvar àquela que tivesse sido sumulada. No sistema atual, de ordinário, a decisão do juiz monocrático e do Tribunal de Segundo grau de jurisdição, só é "ajustada" à súmula (se houver súmula a respeito de matéria discutida) *se e quando* o processo chega aos Tribunais Superiores, em mercê da interposição de recurso.

De fato, esta alteração precisaria ser feita no sistema, no plano constitucional, para que o legislador ordinário pudesse dar à súmula efeito vinculante. O Brasil, então passaria a ter também neste ponto um sistema misto, de inspiração romano-germânica e anglo-saxônica. Isto já ocorre em outros pontos, em que as inovações introduzidas pela Reforma se inspiram no sistema norte-americano, afastando-se do nosso modelo originário, por exemplo, no que tange às *class actions* ou mesmo no que diz respeito à introdução do art. 461 no CPC, relativo às ações cujo objetivo é dar cumprimento às obrigações de fazer e de não fazer, também fortemente inspirado nas *astreintes* do direito francês.

Em conformidade com o que assevera Djanira, "atribuir efeito vinculante às súmulas editadas pelos tribunais brasileiros equivale, então, a renegar o modelo sobre o qual se assenta a ordem jurídica nacional".[2] A nossa discordância da

(2) Op. cit ., p. 113.

autora diz apenas respeito a que não consideramos que a adoção do regime das súmulas vinculantes seja, só por isso, indesejável.

Parece-nos, portanto, inteiramente superável esta segunda dificuldade.

Todavia, em nosso contexto, parece ser um sistema que apresenta riscos.

Não se trata, assim, de um sistema que possa, pura e simplesmente, ser adotado no Brasil.

Muitos cuidados hão de ser tomados e algumas providências preliminares deveriam ser cogitadas.

Os cuidados vão desde se saber exatamente *o que pode ser sumulado*, (e este nos parece ser o principal problema) passam pela necessidade definitiva e imperiosa de *aprimoramento dos magistrados* indo até *como se redigir uma súmula.*

Destes assuntos, tratamos neste artigo.

1. Aspecto do sistema jurídico brasileiro que sempre nos preocupou foi a insegurança que gera nos jurisdicionados o fato de pessoas em *situações absolutamente idênticas* sofrerem efeitos de *decisões completamente diferentes.*

Parte desta preocupação tem sido exteriorizada em trabalhos em que nos insurgimos com veemência contra a idéia de que os juízes seriam dotados de certo poder dito "discricionário" que os autorizaria a decidir de modos completamente diferentes, a partir do *mesmo texto* de lei e em face de *quadros fáticos idênticos.*

Sempre achamos conveniente discernirmos entre ser esta uma conseqüência desejada pelo sistema ou uma espécie de "efeito colateral", indesejável e tolerado, fruto de algumas regras como a do livre convencimento motivado ou a limitação da coisa julgada e dos efeitos diretos da sentença que dizem respeito exclusivamente às partes para as quais é proferida.

Não se trata, de fato, de uma conseqüência "desejada" pelo sistema. Nosso sistema tolera a indesejável conseqüência de certo tributo não dever ser pago por determinada empresa que exerce certa atividade, e dever ser pago por outra, que exerce exata e precisamente o mesmo tipo de atividade.

Ao que parece, todavia, o *princípio da legalidade* e o da *isonomia*, verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a evitar que ocorram estas discrepâncias. Um destes "métodos" é o da extensão ampla que se empresta à eficácia da sentença e à respectiva coisa julgada nas ações coletivas *lato sensu.* Outro, a possibilidade de o Poder Legislativo suspender a eficácia de determinado texto legal tido como inconstitucional *incidenter tantum.*

Estabelece o art. 5.°, inc. II, da CF: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Trata-se da formulação, adotada pelo legislador constituinte brasileiro, para o princípio da legalidade.

O princípio da isonomia se encontra no *caput* do mesmo art. 5.°, acima citado, e está nos seguintes termos formulado: "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 (...)".

Os princípios acima mencionados foram transcritos em ordem diferente daquela em que se encontram tratados no texto constitucional propositadamente, porque é esta a ordem em que se compuseram os argumentos que a seguir se exporão, com o objetivo de se demonstrar ser conveniente a adoção do sistema das súmulas vinculantes.

Observe-se que na Constituição vigente se demonstrou extrema preocupação com a igualdade. Basta dizer que no *caput* do art. 5.° o constituinte incluiu, entre os direitos invioláveis, o próprio direito à igualdade.[3]

O princípio da isonomia é de alta significação política, particularmente quando se pensa no Estado de Direito e no regime democrático. Esse tema vem preocupando os povos ocidentais ditos civilizados desde a Revolução Francesa, que tinha como lema *Liberté, fraternité et égalité.*[4]

O fato de haver decisões diferentes acerca de situações idênticas e de este fenômeno ser tolerado pelo sistema, indubitavelmente arranha o princípio da legalidade e o da isonomia, e esta possibilidade era consagrada na Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, que vem sendo, felizmente, cada vez menos invocada pelos nossos Tribunais Superiores. Segundo esta súmula, seriam toleráveis várias interpretações do mesmo texto de lei infraconstitucional, ainda que se pudesse reconhecer que, dentre todas, uma seria a melhor, e as outras, razoáveis apenas.

Em decorrência da preocupação com a uniformidade das decisões, como pressuposto para que sejam homenageados os princípios da legalidade e da isonomia, já chegamos a sustentar que lei mal interpretada é lei violada. Parece-nos, pois, que um texto de lei pode comportar uma só interpretação considerada correta, porque a melhor. As outras consubstanciam-se em entendimentos errôneos da lei.[5]

(3) Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.* São Paulo : Saraiva, 1990. v. I. p. 26.

(4) Idem ibidem, p. 27.

(5) De fato, não há como dizer-se que a interpretação incorreta da lei não se constitua numa ilegalidade. Interpretação correta é aquela que predominantemente emana dos órgãos superiores.

Celso Ribeiro Bastos, comentado Kelsen, alude a três momentos de aplicação do princípio da igualdade, e a respeito do terceiro diz o seguinte: "O terceiro momento, o da aplicação da lei, também não comporta a observância da isonomia, uma vez que trata de aplicar a lei tal como foi feita, e *qualquer desvio na atuação da norma legal traduz-se em uma ilegalidade, em outras palavras, falar em isonomia ao aplicar a lei equivale a dizer que ela deve ser aplicada fielmente, o que não é outro senão o próprio princípio da legalidade. O princípio da isonomia perde, pois, neste caso, todo e qualquer conteúdo próprio, para se confundir com o princípio da legalidade"* (destaques nossos), *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 05.10.1988*, Celso R. Bastos e Ives Gandra Martins, Saraiva, 1989. p. 8-9.

O princípio da legalidade se consubstancia na regra segundo a qual ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer a não ser em função de previsão legal.

O princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que *a lei* deve tratar todos de modo uniforme e que *correlatamente as decisões dos tribunais não* podem aplicar a *mesma lei* de forma *diferente* a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico.[6]

De fato, de nada adiantaria a existência de comando constitucional dirigido ao legislador, *se o Poder Judiciário não tivesse, a seu turno, que seguir idêntica orientação. Se o Poder Judiciário pudesse decidir, com base na mesma lei, no mesmo momento histórico (ou seja, sem que fatores históricos possam influir no sentido que se deva dar à lei) em face de idênticos casos concretos*, de modos diferentes, ambos os princípios estariam comprometidos.

Esses princípios têm, portanto, aplicação, por assim dizer, "engrenada", funcionando ambos como pilares fundamentais da concepção moderna de Estado de Direito.

Têm-se concebido meios para evitar que ocorra este indesejável fenômeno, como por exemplo, o recurso especial, a uniformização de jurisprudência e o sistema da súmula vinculante talvez seja um dos métodos mais eficientes para esta finalidade. O Estado de Direito pode ser visto como uma conquista dos povos civilizados, que gera segurança, previsibilidade e se constitui numa defesa contra a arbitrariedade.

Evidentemente, não se pode deixar de reconhecer que a sobrevivência de decisões que *dêem* aos pensionistas e aos aposentados da Previdência Social a diferença de 147%, e outras que *não reconheçam* este direito a pessoas que estão *exata e precisamente na mesma situação* não é "sadio", porque esbarra e arranha inevitavelmente ambos os princípios mencionados.

A lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos, ...). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. É comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos.

Isto gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico e sociológico.

Isso ocorre com bastante freqüência, mesmo quando não se trata de leis cuja interpretação possa legitimamente variar ao longo do tempo, em função de alterações no plano sociológico, capaz de influir nos costumes.

(6) Exatamente nesse sentido assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho que " o princípio da igualdade que, como se viu, se impõe ao próprio legislador, a *fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei". Observa em seguida que "a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações". No caso em tela não existe particularidade alguma a justificar a permanência da disparidade de interpretações (op. cit. p. 27).

É importante ressaltar que há casos em que, de fato, se justifica a mudança na interpretação da lei, principalmente quando se trata de textos legais que contenham o que a doutrina chama de conceitos vagos ou indeterminados, cuja função, talvez principal, seja justamente a de possibilitar decisões diferentes (*e corretas!!*) ao longo do tempo, sem que haja necessidade de se alterar a lei. Veja-se o exemplo da expressão mulher honesta.

Nestes casos, sim, é que a sumulação significaria estagnação e morte da jurisprudência e comprometimento, portanto, do desenvolvimento do próprio direito. A jurisprudência é o termômetro mais sensível das oscilações sociais e não pode ser "engessada".

Isto não se aplica, porém, a questões como a dos 147% dos aposentados ou a se saber se certo tributo pode ser (ou não ser) cobrado por ser (ou não ser) inconstitucional.[7]

Aqui, em casos assim, não se pode deixar de aplicar o princípio da *legalidade* e da *isonomia*, como antes se disse, "engrenados".

As súmulas só podem dizer respeito a situações capazes de se repetirem ao longo do tempo de modo *absolutamente idêntico*. Em princípio não se poderia, por exemplo, sumular tese jurídica relativa a direito de família, porque situações de família nunca são idênticas. Diferentemente ocorre no plano do direito tributário, em que um *leasing* é sempre um *leasing*, e se deve saber, com certeza, se se trata, ou não, de atividade tributável.

Veja-se, pois, que devem existir súmulas exclusivamente em relação a situações concernentemente às quais se possa privilegiar o valor segurança e situações que não sofrem modificações sociológicas ao longo do tempo.

Em relação a estas situações, que envolvem valores passíveis de sofrer alterações na sociedade, a diversidade de decisões e a *modificação do entendimento dos Tribunais* é extremamente salutar e desejável.

Evidentemente, aqui não se está defendendo uma concepção ultrapassada e inadequada ao mundo contemporâneo do que seja o princípio da legalidade. De fato, os autores de um modo geral observam que a vinculação das decisões à lei se tem dado de modo diferente ao longo da história.

No período revolucionário, direito era apenas a lei, considerada quase que literalmente. Robespierre dizia que a palavra *jurisprudência* dos tribunais deveria ser apagada da língua francesa. Tratava-se, na verdade, da crença na onipotência da lei, já que esta gerava, para a classe emergente, uma sensação de segurança que contrastava com a insegurança gerada pelas arbitrariedades cometidas pela classe anteriormente dominante.

Assim, o princípio da legalidade era entendido como a vinculação direta, automática e exclusiva ao texto da lei. Esta concepção evidente estava ligada à visão de mundo dominante na época, às exigências sociais do momento histórico, e por isso mesmo, ao conceito de direito então reconhecido.[8]

(7) Veremos adiante que tipo de assunto pode ser objeto de súmula.

(8) Afonso Rodrigues Queiró. *Estudos de direito público*. Coimbra, 1989. p. 205.

De fato, mesmo depois de termos vivido mais de duzentos anos sucessivos à Revolução Francesa, pode-se afirmar que o direito, e especialmente o direito positivo, se tem revelado cada vez mais imprescindível à vida social, permeando-a de forma cada vez mais abrangente. A soberania da lei é a forma encontrada pelo homem, até hoje a mais perfeita para evitar abusos do Poder.

Como se afirmou, todavia, a vinculação do Juiz à lei se tem dado, em diversos momentos históricos, de modo diferente. As decisões já não mais podem ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal. A idéia de que a sentença judicial surge claramente e sem vacilação da norma codificada se pode dizer que hoje estaria absolutamente superada. Assim, a idéia de que a sentença decorreria automaticamente da lei foi substituída por outra idéia, a de que o Juiz exerce função, até certo ponto e em e certa medida, *criativa* em relação à lei. Esta substituição de idéias, na verdade, consistiu no abandono de uma visão simplista do fenômeno decisório judicial para uma visão realista, e a relação entre a sentença e o texto da lei, não sendo tão óbvia como antigamente, tem gerado polêmicas e profundas discordâncias em todo o mundo ocidental. Em realidade, quando nos referimos a visão simplista, não queremos significar ingênua, porque a adstrição do juiz à letra da lei correspondia a propósitos políticos lucidamente imaginados e realizados, pela revolução burguesa, com vistas a alcançar o objetivo de dominar os parlamentos, e, a partir daí – mercê do instrumento lei – dominar a todos da sociedade. Os juízes, neste contexto, não eram senão a boca da lei. Restavam rigidamente submetidos à lei, e, esta, a seu turno, representavam a vontade da burguesia.

Parece, todavia, que existe uma tendência no sentido de que o princípio da legalidade seja entendido como a necessidade da vinculação do Juiz ao sistema, englobando o texto da lei, doutrina e jurisprudência.

Os objetivos da aplicação do princípio da legalidade, inerente ao estado de direito, são os de gerar uma jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, que gera segurança. E esses objetivos, hoje se entende, são alcançados tanto com a vinculação à lei de forma absoluta, à lei e só à lei, quanto com a vinculação ao sistema. Explicando melhor: a vinculação é a lei, mas a lei vista sob esse enfoque, que abrange também a doutrina e a jurisprudência. Assim, diríamos que a vinculação do juiz à lei se amolda por meio da doutrina e da jurisprudência como se estes dois elementos desempenhassem uma função de "engate lógico" entre a lei e os fatos.[9]

A lei, somada à jurisprudência e à doutrina, é que dá os contornos daquilo que é considerado direito em nossos dias. A jurisprudência e a doutrina funcionam, por assim dizer, como um filtro através do qual a lei é entendida, e é a este fenômeno que se vinculam os juízes ao decidir.

Importante ter em mente que, apesar de estarmos vivendo em época de extrema mobilidade social, o que acarreta correlata instabilidade de valores e de "verdades", a estabilidade é valor que se pode dizer praticamente inerente à idéia de

(9) Winfried Hassemer. "O sistema do direito e a codificação: a vinculação do Juiz à lei". *Direito e Justiça*, revista da Faculdade de Direito da PUC/RS, v. 9, ano VII. p. 7 a 30.

Direito. A procura da estabilidade pelos sistemas de direito sempre foi uma constante ao longo da história das civilizações, procura esta umbilicalmente ligada às idéias de segurança e de previsibilidade, embora, naturalmente, possam variar imensamente as *técnicas* por meio das quais o direito de diferentes povos, em diferentes fases da história, as tenham perseguido.

A adoção do sistema da súmula vinculada, neste contexto, pode ser vista como uma das técnicas que tendem a levar àquele resultado, no sentido de se chegar perto da previsibilidade que todos desejam.

É necessário que se mencione que: 1) nem tudo pode ser objeto de súmula, mas exclusivamente *teses jurídicas*; 2) e que as súmulas devem poder ser objeto de alteração por um sistema cuja iniciativa seja acessível à própria parte.

Não é demais observar que as súmulas, passando a ter efeito vinculante, devem passar a ser elaboradas com muito mais critérios e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos mais complexos do que gerados pela própria lei.

Porque existe esta tendência, a que se gere maior segurança e previsibilidade é que as decisões dos Tribunais Superiores desempenham papel de extrema relevância, mesmo se proferidas em casos concretos, cujas decisões sejam desprovidas de eficácia *erga omnes*. Desde que sejam reiteradas em determinado sentido, significam indubitavelmente orientação para os demais tribunais, exercendo papel verdadeiramente paradigmático (alterações da Lei 9.756).

2. É absolutamente imprescindível que se tenha uma noção *daquilo que pode ser sumulado*.

Necessário que se trate de questão de direito. Sabe-se como é difícil separarem-se questões de direito e questões de fato.[10]

Tem-se dito, com acerto, que, *rigorosamente*, seria impossível fazer-se esta distinção, pelo menos no plano ontológico, já que o fenômeno *direito* ocorre, de fato, no momento de *incidência* da norma, no mundo real, no universo empírico.

As decisões jurídicas são proferidas depois do que se pode ver como um movimento "pendular", que se dá entre o mundo dos fatos e o das normas, até que o aplicador da lei consiga enxergar com clareza a *subsunção*, qualificando os fatos e determinando-lhes as conseqüências no plano normativo.

Mas, ainda que seja difícil separarem-se as questões de fato das de direito, o que se pode dizer é que se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver, pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito. Com isso, queremos dizer que o *fenômeno jurídico é sempre de fato e de direito,* mas o problema pode estar girando em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico

(10) V., por todos, Castanheira Neves. *Questão de facto – questão de direito.* Coimbra : Livraria Alemedina, 1967, *passim.*

não ocorra senão diante de fato e de norma, o aspecto problemático desse fenômeno pode estar lá ou cá.

Para fins de se saber que tipo de questão pode ser objeto de súmula é importante salientar que o seu enunciado não pode deixar margem de dúvida alguma a respeito do quadro fático a que se aplicaria.

Com isso, queremos dizer que o quadro fático em que incide a súmula deve ser passível de ser apreendido por duas ou três frases, de modo integral.

É por isso que nos parece razoável dizer-se que o aspecto fático tem que estar "resolvido". Com a súmula, se pode resolver a questão da qualificação daquele fato ou do entendimento da norma que se aplica àquele quadro fático.

Em princípio, pode-se afirmar que não podem ser objeto de súmula, por exemplo, questões relativas ao direito de família ou a acidentes de veículos. Isto porque são situações de tal modo multifacetadas, o que torna impossível que sejam apreendidas por um enunciado curto. Ademais muitíssimos aspectos destas situações são relevantes para enquadrá-las nas normas e para determinar-lhes as conseqüências jurídicas. Isto faz com que não possa haver um acidente de veículos exatamente igual a outro.

Exemplifiquemos: não poderia constar de súmula que "em acidente de veículos deve ser imputada a culpa ao condutor do automóvel que colide com o da frente". Inúmeras peculiaridades, verificáveis necessariamente *caso a caso*, podem impedir que se aplique a regra. Deve-se levar em conta se o da frente não teria freado de repente, não teria dado marcha à ré etc... Como também não se poderia sumular "considera-se injúria grave internar a mulher em hospital psiquiátrico contra sua vontade". Incontáveis fatores têm necessariamente de serem tomados em consideração. Não se trata de uma regra que possa ser tornada abstrata, aplicável a todas as situações em que maridos internem suas mulheres contra a vontade delas. Perguntas devem ser feitas: ela estava, realmente, doente? A família dela estava a par? Concordou? E o médico?

Para serem consideradas questões de direito – teses jurídicas puras – as regras que podem ser objeto de súmula devem se aplicar a fatos *cujos aspectos que têm conseqüências jurídicas* e que possam ser resumidos em uma ou duas frases, porque não envolvam peculiaridades relevantes para sua qualificação ou para a indicação de respectivo regime jurídico.

Veja-se por exemplo: "Locação de móveis é atividade sujeita a tributação por meio de ISS". Nada há de relevante na situação a não ser o fato de se tratar de *locação de móveis.* Nenhum outro aspecto deve ser verificado, nenhuma peculiaridade.

Os aspectos fáticos dos casos a que se aplica a súmula são "resolvidos" com a expressão "locação de móveis".

Veja-se outro exemplo: "Os alimentos, em ação de investigação de paternidade, julgada procedente são devidos desde a citação (ou da sentença)". *Não há variáveis fáticas relevantes* em "ação de investigação de paternidade julgada procedente".

Ou, ainda; "considera-se família o conjunto de irmãos, para efeito de aplicação da Lei 8.009."

A súmula, na verdade, deve ser menos abrangente do que a lei e *deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas,* principalmente quanto à sua *incidência.*

Veja-se por exemplo:

"A insuficiência do valor recolhido a título de preparo não se equipara ao não pagamento, para fins de aplicação do art. 511 do CPC".

O que é insuficiência? Pode-se reputar meramente *insuficiente* o valor recolhido, se se recolheu R$ 1,00 e o preparo teria sido R$ 60,00? Ou, neste caso, deve falar-se em falta de preparo?

Uma das formas de se evitar que a súmula possa gerar problemas de interpretação e portanto de incidência é que esta não contenha, em seu enunciado, conceitos vagos.

Às vezes, as regras jurídicas contêm conceitos precisos (p. ex. = um ano, patrimônio) e, por outras vezes, conceitos, que lingüisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (p. ex. = união estável, bom pai de família, interesse público etc.). Estes últimos são expressões lingüísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente *identificáveis* no mundo dos fatos.

Interpretar um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação de uma regra jurídica, ou de um princípio jurídico, que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação. É pressuposto lógico da efetiva aplicação, mas na verdade integra o processo interpretativo, visto como um todo.

A interpretação pode,de fato, ser tida com um processo de *qualificação da realidade*. Consubstancia-se no núcleo do processo de aplicação da norma.[11]

Aplicar uma regra jurídica envolve pelo menos três passos: a busca de sua significação (que envolve necessariamente a concepção de "exemplos" em abstrato), a análise do fato concreto e a verificação, o "ajuste final", do encaixe (ou do não encaixe, do fato na norma).

Assim, quando se quer chegar à interpretação de um termo jurídico, se fazem duas perguntas. Uma, é relativa à própria significação do termo; a outra é ligada ao próprio objeto, e consiste em se indagar se aquele determinado objeto pode ser designado por aquele termo.[12]

A primeira pergunta faz operar inevitavelmente certa margem de previsão das possíveis aplicações práticas do conceito e foi isso que quisemos significar quando aludimos a concepção de "exemplos" *in abstracto*, mas a *aplicação prá-*

(11) Cf. Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad adminstrativa.* Madrid : Civilas, 1976. p. 173.

(12) Idem, op. cit., p. 170.

tica só se dá quando, efetivamente, se responde à segunda questão. Pode-se então pensar numa espécie de movimento "pendular" que se dá entre o texto da norma e os fatos, até que haja o término do "processo subsuntivo", ou seja, do encaixe dos fatos na norma e vice-versa.

Os termos indeterminados são-no quando carecem de limites precisos, quando não traçam uma linha clara para delimitar a realidade a que se referem. Não costumam ser vagas ou indeterminadas as denominações de figuras geométricas, os numerais, as denominações com nomes próprios etc.... Evidentemente há *graus de indeterminação.* Juridicamente, consideram-se vagos ou indeterminados conceitos que têm um grau maior de indeterminação, como, por exemplo, moderadamente, mulher honesta, interesse público.

O juízo de verdade significa saber se a palavra *x*, que é um signo que expressa o conceito *x*, é adequada para designar o objeto *x*, e parece correto considerar-se esse juízo de verdade como equivalente à idéia de "justiça" para o direito. Justiça, é claro, não como valor absoluto, mas num sentido mais útil, justamente porque operativo ou funcional.

Os conceitos, de um modo geral, mesmo os conceitos determinados,[13] podem ser vistos como algo que tem uma *estrutura interna.* Um círculo de certeza de tamanho pequeno, e um círculo maior que este, que seria a zona de "penumbra" ("Begriffshof"), e um, ainda maior, que seria uma outra zona de certeza.[14]

Assim, esta imagem, com três círculos concêntricos encerraria, no centro, uma área em que há a *certeza, positiva* (*é*, com certeza – núcleo do conceito – "Begriffskern") e como última zona do círculo, uma zona de certeza negativa (*não é*, com certeza).

Na verdade, esta orla periférica de incerteza está presente em todos os *conceitos*, com exceção talvez das grandezas matemáticas. O que varia é a *extensão* desta orla. Assim a diferença entre conceitos indeterminados e determinados é de natureza *quantitativa.*[15]

Sumular-se uma tese é se eleger um *único resultado possível* para a interpretação da norma de que se terá o enunciado da súmula derivado.

Sainz Moreno observa que a postura que *nega* a possibilidade de se alcançar *um resultado único*, que seja tido como verdadeiro, nos raciocínios jurídicos é a que hoje em dia tem grande aceitação. Não é essa todavia a nossa postura. Temos freqüentemente sustentado que as decisões com base em normas que contém conceitos vagos são controláveis através de recurso, que a correção da aplicação destas normas aos fatos é possível de ser controlada pelos recursos de estrito direito e, por conseguinte, não poderíamos deixar de sustentar ser, *grosso modo*,

(13) Isso porque na verdade a indeterminação de conceitos comporta *graus.*

(14) Discorre com clareza a esse respeito Celso Antonio Bandeira de Mello. *Discricionariedade.* São Paulo: Malheiros, 1991. p. 29, itens 21 *et seq.*

(15) Maria Luisa Duarte. "Relatório apresentado à Faculdade de Lisboa em 1986", sob a orientação do Prof. Jorge Miranda. In *Boletim do Ministério da Justiça* 370, nov./87. p. 53.

positiva a inclusão da súmula vinculante em nosso sistema positivo, pelas mesmas razões.

O surgimento do Estado Social de Direito levou a doutrina a reexaminar os problemas gerados pela teoria da pluridimensionalidade, em que se considerava possível haver vários sentidos, todos corretos, atribuíveis a um mesmo conceito vago e, conseqüentemente, ser possível que determinado texto de lei fosse entendido de diversas formas e aplicados de modos diferentes pelos Tribunais. Foi recolocada a questão no sentido de este problema reclamar, em face do novo contexto político-jurídico, uma outra solução.[16]

3. Esse sistema tem defeitos, como os têm todos os outros. Para que se produzam bons resultados, precisamos poder contar com uma magistratura *equilibrada, serena, preparada e sobretudo extremamente consciente* da importância de seu papel.

Cada vez mais e mais transparentes devem ser os critérios de escolha dos Ministros dos Tribunais Superiores, se a eles caberá editar súmulas, que só se podem prestar a gerar mais segurança e previsibilidade, nunca a "engessar" ou "congelar" o direito. Para isto, como vimos antes, é necessário que se atente para a *matéria* que se estará sumulando e para o *modo* como se estarão redigindo estas súmulas.

Haverá súmulas *erradas*? Talvez. Haverá súmulas inconstitucionais? É provável. Ao juiz caberá não aplicá-las, se demonstrar que a situação de fato em que incide aquela súmula não é igual à dos autos; ao juiz caberá também recusar seu cumprimento, se a entender inconstitucional. Isto já ocorre hoje com textos de lei infraconstitucionais.

Se as súmulas atenderem a "interesses", quaisquer que sejam as suas naturezas, e não se limitarem, fundamentalmente, a extrair da lei seu real significado – e nessa medida as súmulas devem ser vistas como resultado de atividade interpretativa – aí, certamente, o sistema de súmulas vinculantes terá naufragado. Seguramente, o estrago que se produzirá será muito mais nefasto para a Nação do que aquele que seria produzido por uma singela decisão, cujos efeitos estariam adstritos às partes.

É saber se vale ou não a pena correr-se o risco. Optar-se por correr o risco significa ter disposição e *coragem* de enfrentar dogmas e *prudência* para adotar (e utilizar) institutos que nasceram e se desenvolveram em sistemas jurídicos diferentes do nosso.

(16) Antonio Francisco de Souza, op. cit., p. 86.