
O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A ATUAÇÃO JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO INSPIRAÇÃO À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE (STARE DECISIS)

THE FUNDAMENTAL RIGHT OF SPEEDY LITIGATION AND BRAZILIAN PUBLIC AGENCIES LITIGIOUS PERFORMANCE AS AN INSPIRATION TO "STARE DECISIS" ADOPTION AS "SÚMULA VINCULANTE"

*Nadja Lima Menezes
Procuradora do Banco Central*

SUMARIO: Introdução; Brevíssimo Panorama Comparativo sobre a Atuação das Agências Públicas Norte-Americanas como partes Processuais e o seu Reflexo na Litigiosidade. O Esgotamento Prévio dos Remédios Administrativos e a Cláusula de Imunidade de Soberania do Direito Americano; 2 A Súmula Vinculante e o Stare Decisis; 3 A Administração Pública e a Súmula Vinculante; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo é baseado no princípio da celeridade e razoável duração do processo com o objetivo de analisar a litigiosidade da administração pública brasileira e a sua influência na “crise do processo” instalada no País, questionando a possibilidade de comparação com a atuação das agências públicas estadunidenses como pano de fundo. Nesse sentido, mostra-se o impacto da doutrina norte-americana do exaurimento prévio de medidas administrativas (*American exhaustion of remedies doctrine*) e da imunidade de soberania (*state sovereign immunity*) no resultado da comparação. Ademais, o artigo mostra a compatibilidade do “*stare decisis*” com os sistemas de direito de base romanística, e focaliza a súmula vinculante como a primeira experiência brasileira de precedente judicial obrigatório dirigida especialmente à administração pública com o fito de auxiliar na duração razoável do processo e celeridade processual.

ABSTRACT: This article is based on the principle of speedy litigation in order to analyse how litigious Brazilian public agencies are and the influence of that rating on litigation crisis in the country, questioning the possibility of comparison to North American public agencies on the background. In that sense, it has been shown the impact of North American exhaustion of remedies doctrine, and state sovereign immunity on the result of comparison. Furthermore, the article shows how compatible “*stare decisis*” is with a civil law system, focusing “*súmula vinculante*” as Brazilian first binding precedent (mandatory authority) experience which has been adopted as a means of achieving speedier litigation, and has been especially aimed at Brazilian public agencies.

PALAVRAS-CHAVE: Duração razoável do processo. Administração pública brasileira e norte-americana. Doutrina do esgotamento prévio dos remédios administrativos. Imunidade soberana (*sovereign immunity*). *Stare decisis*. Súmula vinculante.

KEYWORDS : Speedy litigation. Brazilian and North American public agencies. Exhaustion of remedies doctrine. Sovereign immunity. *Stare decisis*. “*Súmula Vinculante*”.

INTRODUÇÃO

Curial a percepção de que o tempo é elemento determinante para garantir e realizar o acesso à justiça. Não haverá utilidade à tutela jurisdicional se não for prestada em espaço razoável de tempo.

De acordo com o artigo 5º, XXXV da Constituição brasileira, “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Conquanto o comando se direcione expressamente ao legislador, não há dúvidas de que ele se dirija a todos sem distinções. Nesse diapasão:

Embora o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir sua pretensão (grifo do autor).¹

Tal concepção sobre o direito de ação nem sempre foi essa. É importante lembrar que o direito de ação, na época dos Estados liberais burgueses, era apenas o direito formal da propositura de ação; a possibilidade material de suportar os custos da demanda e o usufruto real da ação não estava entre as preocupações do Estado.² Com efeito, em tal contexto, a preocupação do direito constitucional era o de oferecer um freio aos excessos das aspirações estatais, não havendo garantias ao efetivo exercício do direito de ação.

A angustiada realidade da justiça brasileira é representada pelo grande acúmulo de processos à espera de julgamento em todos os graus de jurisdição.

Vale a pena lembrar que os Estados Unidos da América do Norte empobreceram consideravelmente com a Guerra de Secessão; decidiram imprimir primazia a rapidez do seu judiciário.

Para estimular, finda aquela guerra, o crescimento da economia, o que fez a Suprema Corte norte-americana? Decidiu prestigiar os contratos, sem os quais a economia não cresce. Como os americanos prestigiarão contratos? Imprimindo à justiça deles uma “dureza”, uma severidade prática, às vezes exagerada – que nos causa espanto. Como exemplo dessa severidade até excessiva da justiça americana, basta ver como ocorrem os despejos por falta de pagamento de

1 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.170.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.197.

aluguéis. As cinquenta legislações estatais são bastante duras, e de modo geral, o inquilino inadimplente não tem muita chance de esticar a discussão do débito na Justiça. Marcado o dia para sair, se ele não sai, o agente da lei arromba a porta do imóvel locado, e os móveis são colocados na calçada. Brutalidade? Talvez. Mas, em compensação, os locadores não temem alugar seus imóveis a estranhos.³

Vê-se que a opção americana foi a de adotar uma metodologia processual enxuta e pragmática, tudo em harmonia com a ideologia neoliberal e raízes culturais calvinistas e individualistas, portanto.

Se o processo constitui meio de aperfeiçoamento da humanidade, como bem ensina Dinamarco, então existe uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade, sendo a litigiosidade contida um perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social, constituindo, logo, missão e dever do Estado pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça que é, em última análise, a razão mais profunda por que o processo existe e é legitimada a sociedade⁴; ora, se é missão do Estado pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça, não deverá, enquanto parte interessada, pautar sua conduta de modo incoerente à sua missão.

Dessa forma, convém refletir se a atuação da administração pública brasileira como parte processual está afinada com as missões do Estado, entre elas a de garantir o exercício de direitos fundamentais, como o amplo acesso à justiça, o que significa também colaborar para um processo de duração razoável.

Na verdade, o direito fundamental à duração razoável do processo não é novo, nem tampouco surgiu com a Emenda Constitucional nº45; já era subproduto implícito do princípio maior do devido processo legal. Foi também a Emenda Constitucional nº 45 que introduziu a súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, como instrumento a auxiliar no combate à crise do processo.

O devido processo legal, e o princípio da razoabilidade, com o seu subproduto de duração razoável do processo têm relação estreita com a eficácia dos direitos fundamentais, que é o norte íntegro a ser sempre seguido pelo Estado, seja na sua faceta executiva, legislativa ou judiciária.

3 RODRIGUES, Francisco Cezar Pinheiro. Morosidade da justiça civil brasileira: causas e remédios. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n.32, p.48, nov/dez.2004.

4 DINAMARCO, Candido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.127

Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, *perdendo até mesmo a razão de ser* (grifo nosso).

Desse cenário, extrai-se a relevância do tema a ser tratado, que, transcende uma mera discussão do ordenamento jurídico, pois afeta a própria credibilidade do Estado Democrático de Direito, cujo papel fundamental é assegurar condições ao exercício pleno da cidadania e propiciar o respeito aos direitos fundamentais de seu povo.

1 BREVÍSSIMO PANORAMA COMPARATIVO SOBRE A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS PÚBLICAS NORTE-AMERICANAS COMO PARTES PROCESSUAIS E O SEU REFLEXO NA LITIGIOSIDADE. O ESGOTAMENTO PRÉVIO DOS REMÉDIOS ADMINISTRATIVOS E A CLÁUSULA DE IMUNIDADE DE SOBERANIA DO DIREITO AMERICANO.

Preliminarmente, segundo BURNHAM citado por GODOY, agência pública, no direito estadunidense, é todo órgão governamental que não seja militar e que não pertença ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo⁵.

É importante pontuar que os Estados Unidos, ao mesmo tempo que agasalham o “*due process of law*”, acolhem em seu sistema até hoje a doutrina da exaustão dos remédios administrativos (*Exhaustion of Administrative Remedies*), que preconiza a obtenção de uma decisão final da administração pública antes da busca pelo conhecimento da questão pelo Judiciário; tal é concebido com o fito de evitar o uso desnecessário da máquina do judiciário e uso econômico dos recursos administrativos, bem como promover a autonomia administrativa por meio do ensejo à oportunidade de correção dos próprios erros, além de endossar o propósito legislativo de conceder autoridade aos procedimentos do ente da Administração Pública, embora se ressalve exceção às hipóteses em que o requerente tenha por pretensão desafiar a própria letra da lei:

Generally, claimants aggrieved by agency action must obtain a final decision of the agency before resorting to a judicial review. This means that the claimant faced with a negative action by an agency

5 GODOY, op. Cit., p.115

must exhaust the appeal procedures the agency provides. This is said to assure economical use of judicial and administrative resources, to promote administrative autonomy and responsibility by providing the agency with the opportunity to correct its own mistakes, and to further the legislative purpose. However, exhaustion will not be required if it would be futile, such as where the agency is bound by applicable law to decide against the claimant and the claimant wishes to challenge the law.⁶

Consequência disso é que, se pedido de intervenção judicial é deduzido na pendência de processo administrativo regular, haverá negativa judicial para apreciação do feito.⁷ Os norte-americanos não entendem isso como uma barreira do amplo acesso à justiça. Com efeito, para eles o acesso à justiça é prestado quando respeitados os parâmetros do devido processo legal, o que compreende um processo célere, tramite ele no poder judiciário ou no poder executivo.

Ademais, no ordenamento norte-americano, ainda hoje é vigente a cláusula histórica da imunidade soberana (*state sovereign immunity*), ainda que mitigada, a qual restringe significativamente a possibilidade de litigar contra agências governamentais (*administrative agencies*), mormente no que concerne aos pleitos de pagamento de quantia em dinheiro, porquanto a regra é que se exija o consentimento, por parte do ente da administração pública, para integrá-lo à relação processual :

When judicial review was discussed, we considered several situations in which agencies were sued by individuals. Suits against agencies, however, can sometimes conflict with sovereign immunity – the doctrine under which that a sovereign cannot be sued without its consent.⁸ (grifo nosso)

Mesmo após a promulgação, em 1946, do *Federal Torts Claims Act (FTCA)*, com a autorização do ajuizamento de ações contra a administração federal e seus empregados, a responsabilidade estatal ainda é muito tênue e só ocorrerá se o Congresso dispensar (*waive*) a imunidade estatal.⁹

Nesse sentido, sobre o sistema da *common law*, Maria Sylvia Zanella di Pietro pontua, com muita propriedade, que, nos países da

6 BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 4. ed. Thomson West, 2006, p.207.

7 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole 2004, p.120.

8 BURNHAM, op.cit., p. 220.

9 GODOY, op. cit, p.122.

common Law, “mesmo a responsabilidade civil do Estado demorou a ser reconhecida, só ocorrendo isto em meados do século XX, assim mesmo não abrangendo todas as hipóteses de danos causados aos particulares”.¹⁰ Mais, observa a administrativista que a resistência do sistema da *common law* em reconhecer a existência de um direito administrativo deveu-se basicamente por duas razões:

- 1) a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares e;
- 2) a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Pública (o contencioso administrativo francês), daí o sistema de unidade de jurisdição.¹¹

O grande paradoxo é que a crítica do sistema norte-americano ao direito francês, por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, não impede “[...] *um direito administrativo posto pelas agências reguladoras, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial*” (grifo nosso).¹²

Sob o prisma do direito de ação, e acesso à justiça, o acima narrado causa curiosidade, especialmente ao observador brasileiro, o qual inicia seus estudos de controle de constitucionalidade difuso justamente a partir da doutrina do controle judicial (*Judicial Review*), calcada no famoso *leading case Marbury v. Madison*, que, em 1803, inaugura o paradigma da competência do juiz da causa para discernir acerca da constitucionalidade. Tanto que o controle de constitucionalidade difuso também é chamado de controle de constitucionalidade americano.

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte Americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison*, de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança

10 DI PIETRO, Maria Sylvia, Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common Law*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 8, nov/dez – 2006/jan de 2007, p.04. Disponível em: <WWW.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2011.

11 Idem., p.03.

12 Ibidem, p.03.

de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.¹³

Não tão famoso é o julgamento da Suprema Corte, 54 anos depois de *Marbury v. Madison*, que decidiu não ter a Constituição reconhecido aos negros o *status* de cidadãos que pudessem usufruir da vantagem de acesso à diversidade de jurisdição nas cortes federais, e que o Congresso não tinha poder para abolir a escravidão nos estados, o que é um exemplo das contradições existentes nos ordenamentos jurídicos – o que não poderia, aliás, ser diferente, posto serem as instituições criadas e administradas por seres humanos inexoravelmente ligados às suas próprias contradições internas.

One low point that will be discussed shortly was the Court's infamous 1857 decision in *Dred Scott v. Sandford*, which held that under the Constitution blacks were not "citizens" who could take advantage of the diversity jurisdiction of the federal courts, and then went on to state Congress had no power to abolish slavery in its territories. Thus, the Court did not get off to a very good start in its exercises of judicial review: *Dred Scott* was only the Court's second invalidation of a federal law, the first being *Marbury v. Madison* 54 years before.¹⁴

De toda sorte, observa-se que os litígios a envolver as agências públicas dos Estados Unidos tendem a ser solucionados dentro do próprio Poder Executivo e na forma do procedimento desenhado por suas próprias normas regulamentares.

O maior quantitativo de execuções fiscais nos Estados Unidos, por exemplo, tramita na via administrativa com a realização do crédito público sem intervenção do judiciário, o que reflete o espírito aversivo aos custos e tempo gastos em discussões judiciárias, produto de uma cultura do pragmatismo e da adesão a realismo jurídico.¹⁵

A execução fiscal por via administrativa é o meio mais comum, mais usado garantindo a tomada de bens do devedor e a realização do

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.1062.

14 BURNHAM, op. cit., p.19.

15 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.120.

crédito público sem a intervenção do judiciário. Formalidades e delongas são dispensadas. [...] A utilização da via administrativa é comprovação de adesão a realismo jurídico. O que é típico da cultura normativa norte-americana, reflexo do pragmatismo de William James, Charles S. Pierce e de John Dewey [...].¹⁶

Nessa perspectiva pragmática, a atuação do fisco é a de detectar cobranças que não apresentarão resultados para deixá-las de lado, e concentrar-se em devedores de recuperação creditícia mais factível.¹⁷

A execução fiscal judiciária (*foreclosure action*) nas poucas vezes em que é utilizada presta-se para administrar conflitos de interesse entre credores. Trata-se de terceiros que também têm direitos ou expectativas em relação aos bens de devedores, pelo que a Administração fiscal busca o judiciário para preventivamente sanar dúvidas e senões, que possam posteriormente invalidar esforços implementados na fase administrativa.¹⁸

O traço distinto das peculiaridades acima relatadas tem suas raízes históricas na gênese própria da federação, conquistas do povo americano, e distribuição política de poderes, embora não seja o propósito desse artigo a dissecação de tais circunstâncias históricas e políticas.

Da perspectiva de um operador jurídico brasileiro, onde há um sistema de jurisdição una com competência para abarcar as pendengas nascidas no seio da administração pública, não há como deixar de se remarcar um certo autoritarismo a fecundar o sistema de resolução de conflitos das agências públicas do poder executivo norte-americano, conquanto seja prevista a participação do cidadão na elaboração de normas das agências públicas.

Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *direito administrativo posto pelas agências reguladoras*, portanto, *muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial*. Na jurisdição administrativa, os conselheiros gozam da mesma independência que os membros do Poder Judiciário,

16 GODOY, 2009, p.120.

17 Ibidem, p.119.

18 Opus citatum, p.121.

o que não ocorre em relação às agências, cuja independência se apoiou, de início, apenas na idéia de neutralidade em relação aos três Poderes do Estado, mito que aos poucos se desfez, pela crescente submissão das agências a controles exercidos pelos três Poderes do Estado e a diretrizes impostas pelo Poder Executivo.¹⁹

Fato é que, destacadas as devidas peculiaridades e paradoxos próprios de cada sistema, ambos os ordenamentos jurídicos, norte-americano e brasileiro, reconhecem a suma importância da efetiva prestação jurisdicional, como consectário lógico ao direito de ação, e sua intrínseca conexão com uma duração razoável do processo.

Não obstante o Brasil ofereça plexo muito maior de possibilidades para acionar a Justiça, notadamente a ausência de freios no modelo de uma doutrina da *state sovereign immunity* imunidade soberana ou uma exigência prévia, como regra, ao esgotamento das vias administrativas para processar os entes públicos (teoricamente, maior acesso à justiça, pois), é entre nós que se acentua a tão falada crise do Judiciário, que tem, em um de seus aspectos, a morosidade do trâmite processual, e a repetição de causas sobre questões idênticas.

E não é sem razão o descontentamento dos jurisdicionados brasileiros, titulares do direito fundamental do acesso à justiça, portanto. Vejamos o desabafo de Maria Odila da Silva Paes, publicado em julho de 2008 pela Folha de São Paulo e mencionado por Gianpaulo Scaciota:

Sou viúva, tenho 86 anos e estou aguardando há oito anos decisão do Poder Judiciário, por sua 9ª vara da Fazenda Estadual, em relação a do qual sou parte contra a Rede Ferroviária Federal.

[...]

Por que o Poder Judiciário não decide sobre os direitos reinvidicados? Será que os que decidem a sorte dos homens aqui embaixo não creem que haverá um julgamento da parte do Juiz dos Juízes sobre seus atos?

Um absurdo é a forma como são tratados os direitos das pessoas idosas pela justiça dos homens.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. Revista Eletrônica de Direito Administrativo. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 01 out. 2011.

Quantos obreiros e viúvas já morreram sem obterem seus direitos legítimos e moralmente justos?²⁰

Inegável reconhecer, do demonstrado acima, que nos Estados Unidos, não é comum que as agências públicas resolvam suas controvérsias perante o Poder Judiciário; ora, o mesmo não se pode dizer da administração pública brasileira, maior cliente do poder referido, e responsável por mais da metade de tudo que se julga no país, portanto.²¹

Dessa feita, é premente a discussão a respeito das possíveis medidas e mudanças para desafogar o judiciário, não só pela sociedade em geral, mas especialmente pela administração pública.

2 A SÚMULA VINCULANTE E O STARE DECISIS

Embora, obviamente, a plêiade causal à sobrecarga e lentidão do Judiciário brasileiro seja deveras complexa, como a própria sociedade o é, não se pode ignorar o impacto que a atuação da Administração Pública no Brasil impõe ao sistema judicial.

Dentre as diversas reformas legislativas e projetos para conferir maior celeridade ao processo, e, por efeito, corresponder com um mínimo de efetividade ao direito fundamental de amplo acesso à justiça, elege-se aqui comentar a súmula vinculante e sua compatibilidade com o sistema romanístico, partindo-se da premissa de sua utilidade e contribuição à celeridade do processo e amplo acesso à justiça.

A morosidade da Justiça, amplamente conhecida e criticada, apresenta-se como uma das grandes mazelas do Judiciário desse começo de novo século.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, para se ter um exemplo, conviviam-se com um inconcebível “tempo morto” de até 5 anos para se distribuir um único recurso de apelação, apesar de a tese decidida pelo juízo monocrático (e aguardando distribuição para nova apreciação pelo Tribunal) já estar pacificada no STF.

20 Reclamação enviada para a Folha de São Paulo sob o título “A Justiça dos Homens” e publicada em setembro de 2008. Disponível em: <www.fadisp.com.br/download/turma_m3/Gianpaulo_Scaciota_2.pdf>. Acesso em 18.10.2011

21 Artigo da revista Veja, artigo publicado no sítio eletrônico do CNJ. Disponível em: <<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=ultimas&dtlh=171990&iABA=Not%EDcias&exp=s>>. Acesso em: 25.10.11

Sem dúvida, a divergência jurisprudencial, atrelada ao sistema recursal pátrio, bem como as diversas causas repetidas em que a Fazenda Pública figura como parte vêm contribuindo para agravar a chamada “crise da Justiça”.

A súmula vinculante, como se verá, em nosso entender, sem dúvida contribui para, ao lado de tantas outras técnicas, buscar realizar o comando fixado no art.5º, LXXVIII, também introduzido pela Reforma do Poder Judiciário e, na mesma medida, estabelecer a segurança jurídica, prestigiando o princípio da isonomia, já que a lei deve ter aplicação e interpretação uniforme (grifo nosso).²²

Pela doutrina de Fredie Didier Jr, “*Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*”.²³

A essência do *stare decisis* é a aplicação do sistema dos precedentes judiciais como fonte do direito, seja essa forma vinculativa ou não²⁴. O efeito vinculante é referente às hipóteses onde as decisões de um tribunal devem obrigatoriamente ser seguidas pelas instâncias superiores (*Binding Stare Decisis Effect*); o não vinculante ocorre quando um juiz ou tribunal não é obrigado a seguir as decisões anteriores, mas pode ser persuadido (ou não) pelo raciocínio e cotejo analítico anteriormente usado (*Persuasive Stare Decisis Effect*)²⁵.

Alega-se que a súmula vinculante beba na fonte do sistema da *common law*, e que, portanto, seja incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, de base romanística.

Na verdade, a súmula vinculante brasileira encontra seus antecedentes na Alemanha, Áustria (controle concentrado de constitucionalidade) e Portugal (assentos portugueses das Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas), e não só no *stare decisis* dos países do *common law*²⁶, pelo que estaria refutado tal argumento.

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra,

22 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.504.

23 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador:Podivm, 2008, p.347.

24 “The essence of the system by which court decisions are a source of law for later cases is the rule of *stare decisis*”, Burnham, op. cit., p.65.

25 Idem, p.65.

26 Idem, p.505-508.

Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista [...]»²⁷

Por outro lado, costuma-se replicar que o *stare decisis* da *common law* não guardaria coerência com o sistema romanístico brasileiro, uma vez que o primeiro teria sua gênese criativa no judiciário, e o segundo na lei, via poder legislativo, tendo em vista o art.4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que não menciona os precedentes judiciais como fonte do direito, mas apenas a lei, e, subsidiariamente, os costumes, e os princípios gerais do direito.

Tal é o raciocínio de uma corrente mais tradicional, a qual tende a não aceitar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas e tem o seu fundamento em construções civilistas antigas²⁸.

Entretanto, posição mais moderna abraça a jurisprudência como fonte do direito diante da percepção de que as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica adquirem identidade própria, e cristalizam-se em regras aplicáveis a situações futuras que lhe guardem similaridade. Excluir-se-iam dessa percepção, pois, as decisões dos juízes singulares pela ausência do caráter de abstração, impessoalidade e generalidade.

Para a teoria moderna a jurisprudência é valorizada como fonte do Direito, o juiz é dotado de um poder criativo, para alguns fundamentado na lei, sendo exemplo a equidade, na qual se encontra, sem dúvida, uma transferência do poder de legislar do Legislativo para o Judiciário.²⁹

Aliás, afigura-se importante esclarecer que o sistema jurídico dos Estados Unidos é *misto*, ou seja, contém tanto normas legisladas (*enacted law*), como normas criadas exclusivamente de decisões judiciais (*common law* propriamente dita); em caso de conflito entre uma *enacted law* e um precedente da *common law*, prevalece hierarquicamente o primeiro.

Adding the supremacy clause of the Constitution to the points about hierarchy mentioned above, a complete hierarchy of sources of law

27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit., p. 1003.

28 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p.158.

29 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994, p.90.

can be constructed. From highest to lowest, they are (1)the federal Constitution, (2)federal statutes, treaties and court rules, (3)federal administrative agency rules, (4) federal common law, (5)state constitutions, (6)state statutes and court rules, (7)state agency rules, and (8)state common law.³⁰

De toda sorte, a partir da Emenda nº 45/2004, forçoso é concluir que o Legislativo, formado por representantes da vontade geral e soberana do povo, escolheu a última linha doutrinária, reconhecendo à jurisprudência a qualificação de fonte do direito, ao menos no tocante às súmulas vinculantes do STF, ainda que algumas vezes se levantem para classificar essa escolha do Poder Constituinte Derivado como inconstitucional.

Nesse aspecto, ressalve-se que o *stare decisis* do direito norte-americano dá força obrigatória aos precedentes judiciais de todos os tribunais, enquanto que, no Brasil, optou-se por conferir tal poder apenas a categoria de súmulas da Corte Suprema.

De modo geral, as críticas são as de que a súmula vinculante feriria o princípio da separação dos poderes, o princípio do juiz natural e sua independência, além de engessar a jurisprudência.

Sobre o princípio da separação dos poderes, é importante trazer como paralelo o sistema norte-americano. Nos Estados Unidos, a legislação (*enacted law*) também é interpretada pelo Judiciário, embora nesse caso não seja denominada, num sentido mais estrito, como *common law*, cuja formação contém exclusivamente normas resultantes dos precedentes judiciais, segundo antes esclarecido.

Crucial destacar que a interpretação judicial do *enacted law* também gera precedentes aptos a formar o *stare decisis*.

In a common law system, caselaw court decisions of individual cases are a source of law and are referred to as a whole as “caselaw”. Thus, court decisions not only resolve past controversies; a decision of a case is considered to be a ‘precedent’ that has legal effect in the future. This effect comes from the principle of ‘stare decisis’- the idea that future cases should be decided the same way as past cases.

[...]

30 BURNHAM, op.cit, p.41.

*Caselaw interpreting enacted law, like common law caselaw, follows the rule of 'stare decisis'*³¹(grifo nosso).

Ou seja, a norma legislada (*enacted law*), e não só a *common law*, no direito americano, gera precedentes judiciais de efeito vinculante (*binding stare decisis*) ou não (*persuasive stare decisis*). Portanto, se a analogia é feita comparativamente com ordenamento jurídico estadunidense, não há qualquer estranheza em conferir o efeito vinculante a uma interpretação de um tribunal, no caso, o STF, sobre uma norma do direito positivo. A técnica é comumente usada nos Estados Unidos sem que prevaleça a interpretação de ofensa ao princípio da separação dos poderes, ou que se fale numa ditadura do Poder Judiciário americano.

Não fosse isso, tal como no Brasil, o princípio da separação dos poderes de Locke e Montesquieu não se lhe revela maniqueísta, de arte que os três poderes detêm as funções de julgar, administrar e criar normas no conhecido mecanismo de controle mútuo e de freios e contrapesos entre os poderes.

Separation of powers and “checks and balances” among the three branches of government were a matter of conscious design. The concept derives from the writings of Baron de Montesquieu and John Locke, with whose works the delegates to the convention were familiar. However, the idea as understood in the United States is less one of strictly separating powers than it is of spreading power among the branches.

[...]

A contemporary commentator has described the Constitution as establishing “separate institutions sharing power”³²

Em arremate, o precedente judicial derivado da interpretação de norma positiva pode ser superado por ato posterior do Legislativo. Se o precedente resultar de interpretação constitucional, o seu cancelamento poderá ocorrer por ato posterior do Congresso Nacional via emenda constitucional (*overruling*). Isso é verdade tanto alhures, quanto cá (art.103-A, *caput*, e §2º, CRFB), o que reafirma a fidelidade à tônica do

31 BURNHAM, op. cit., p.39-41

32 Idem, p.9.

princípio da separação dos poderes para os casos de criação de lei pelo Judiciário nesse contexto.

Caselow interpreting a statute can be overruled by later action of the legislature, just as the statute itself can be amended. Caselow interpreting the Constitution is reversible only by amending the Constitution.³³

Outrossim, não cabe cogitar que a súmula vinculante engessaria a evolução da jurisprudência, porquanto é possível ao próprio STF, de ofício ou por provocação, rever e cancelar a súmula de cumprimento obrigatório.

Além disso, a independência funcional do juiz e o princípio do juiz natural estão salvaguardados: ora, se se demonstrar a diversidade entre o contorno fático do caso concreto em julgamento e aquele traçado no precedente vinculante por meio do cotejo analítico fático (técnica do *distinguishing*), haverá a justificativa para não aplicar o precedente vinculante, o que demonstra estarem íntactos o princípio do juiz natural e a independência funcional do juiz, que, nesse caso, não ensejará acolhimento da reclamação pelo STF.

Fato é que a palavra final sobre qualquer matéria constitucional é do Supremo Tribunal Federal, e a súmula vinculante brasileira enseja, dessa forma, um atalho para o que seria o último pronunciamento do STF, sem, entretanto, macular a independência funcional do juiz e inviabilizar o exercício arejado do pluralismo, porquanto, o juiz de base poderá sim deixar de aplicar a súmula, desde que fundamente sua decisão com demonstração de contornos fáticos diversos do caso concreto; acrescenta-se que a súmula poderá ser revisada ou cancelada por provocação de diversos entes representativos do Estado e da sociedade (art. 3º da Lei nº 11.417/2006).

3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SÚMULA VINCULANTE

Há uma crítica, no meu entender, procedente em parte no atinente ao efeito de um novo tipo de sobrecarga do Judiciário por meio do instrumento das reclamações constitucionais intentadas a cada vez que o Judiciário ou, principalmente, a Administração Pública deixasse de observar uma súmula vinculante.

³³ BURNHAM, op. cit., p.41

Conforme já se observou o potencial de grande impacto para a multiplicação do número de processos é detido pela Administração Pública; é preciso que ela efetivamente observe às decisões sumuladas em caráter vinculante para contribuir com o Estado e a justiça brasileira.

[...], tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda sua amplitude.³⁴

Mais, mister que esforços sejam envidados para resolução de conflitos no âmbito administrativo, com a promulgação de normas e procedimento que permitam assegurar o cumprimento da súmula; não se objetiva que a emenda constitucional instituidora da súmula vinculante, à luz da interpretação do princípio do amplo acesso à justiça, dê azo ao propósito estéril de simplesmente transmigrar os recursos extraordinários para as reclamações constitucionais, sem qualquer redução da litigiosidade.

A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações para o Supremo Tribunal Federal.

Daí a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na própria esfera da Administração.

*Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo.*³⁵ (grifo nosso)

Nesse sentido, conquanto incompatível com a estrutura constitucional brasileira, interessante a abordagem norte-americana da doutrina da

³⁴ MENDES; COELHO; BRANCO; GONET, op. cit, p.1009.

³⁵ Idem, p.1009.

exaustão dos remédios administrativos (*Exhaustion of Administrative Remedies*), inicialmente demonstrada, que, no Brasil, só guarda similaridade com o requisito do esgotamento prévio das instâncias da justiça desportiva como condição de procedibilidade para a provocação do Judiciário.

Ademais disso, os efeitos vinculantes e *erga omnes* da súmula vinculante não são novidade no ordenamento jurídico, tendo em vista a preexistência da ação declaratória de constitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade, que, no mesmo passo da súmula vinculante, não se dirigem ao poder legislativo, sob pena de fossilização da evolução social, com grande sacrifício do valor justiça em detrimento do valor segurança jurídica, ambas peças cruciais na arquitetura do projeto social trazido pela Constituição.

[...] o efeito vinculante em ADI e ADC, na linha de interpretação dada pelo STF, não atinge o Poder Legislativo, produzindo 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.

Ao analisar a possibilidade de vinculação também para o Legislativo, o Ministro Cezar Peluso indica, com precisão, que esta possível interpretação (diversa da literalidade constitucional) significaria o “*inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição*”.

O Legislativo, assim, poderá, inclusive, legislar em sentido diverso da decisão dada pelo STF, ou mesmo contrário a ela, sob pena, em sendo vedada esta atividade, de significar inegável *petrificação* da evolução social.³⁶

No entanto, a inovação da súmula vinculante em relação à ADC e à ADIN, percebida a cultura de profusão recursal da administração pública em casos repetitivos, foi a de inaugurar a responsabilização cível, administrativa e penal do administrador público no caso de acolhimento pelo STF de reclamação fundada por desrespeito à súmula vinculante.

O objetivo do legislador foi tão nítido nesse sentido que, apesar de a súmula vinculante irradiar os seus efeitos também ao judiciário, os membros desse poder permanecem isentos de qualquer sanção, o que é mais um elemento indicativo de que a súmula vinculante não restringiu a independência dos juízes.

36 LENZA, op. cit., p.177

4 CONCLUSÃO

Decorrência lógica da circunstância da concentração da resolução de controvérsias das agências públicas no próprio poder executivo é que o *stare decisis* concebido no Judiciário acaba por ser aplicado predominantemente ao direito privado nos Estados Unidos.

O Brasil escolheu um caminho inverso aos dos Estados Unidos para a aplicação da súmula vinculante: enquanto lá a vinculação aos precedentes já se inicia nos tribunais inferiores, aqui se elegeu conceder a prerrogativa de vinculação da decisão apenas à Corte Constitucional.

Os críticos da opção brasileira observam que nos Estados Unidos é mais fácil a mudança da norma veiculada pelo *binding stare decisis*, haja vista que bastaria legislação ordinária para afastá-la, ao passo que no Brasil, somente via emenda constitucional, o que, para alguns significaria a supremacia do Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal.

Não concordamos com essa posição. Efetivamente, a Lei nº 11.417/2006 apresenta requisitos e procedimento necessário para cancelamento ou revisão da súmula com ampla legitimação ativa aos representantes do Estado e da sociedade. Ademais disso, os efeitos vinculantes de decisão do Supremo Tribunal Federal já existem também na ADC e na ADIN.

A administração pública é maior usuária dos serviços do judiciário e tem a cultura da profusão recursal, muitas vezes recorrendo de teses já ampla e notoriamente acatadas pelo Judiciário, ao argumento de ser esse o seu dever de ofício. A instituição da súmula vinculante, ao prever a responsabilidade cível, penal e administrativa do administrador público que deixa de seguir a norma veiculada em súmula vinculante, é claramente dirigida à administração pública.

Para colaborar com a missão estatal de propiciar o amplo acesso à justiça, a administração pública tem como dever efetivamente observar as súmulas, e, se for o caso, não recorrer, deixando aos cuidados dos legitimados a tarefa de requerer o cancelamento da súmula vinculante (o que ensejará a apreciação concentrada, e, logo, econômica da matéria), ou ainda, se for o caso, aplicar a técnica do *distinguishing*, tal como nos países da *common law*, argumentando divergência fática entre os fatos inspiradores da súmula vinculante e o caso concreto.

Mais que isso: urge uma mudança cultural e paradigmática em sua atuação belicosa.

No entanto, é imprescindível frisar não ser possível uma comparação entre a atuação da administração pública brasileira e a norte-americana no concernente à litigiosidade judicial, haja vista as características próprias

do sistema estadunidense, entre elas a doutrina da *Exhaustion of Administrative Remedies*, e a cláusula de imunidade soberana (*state sovereign immunity*), que, conquanto temperada, desde meados do século XX, ainda subsiste, o que acaba por filtrar drasticamente os casos de litígio judicial das agências públicas americanas.

Como se vê, qualquer comparação numérica sem a consideração desses fatores distorcerá a verdade de qualquer conclusão comparativa entre a litigiosidade da administração pública brasileira e americana.

De toda sorte, tal constatação não isenta a administração pública de colaborar com a missão estatal de garantir a razoável duração do processo, não só com a observância das súmulas vinculantes, mas também com a adoção de medidas outras que possam desaguar na redução da litigiosidade, propiciando, assim, o efetivo uso e gozo do direito fundamental do amplo acesso à justiça aos administrados/cidadãos, com o resguardo da própria funcionalidade do Estado.

Por fim, alerte-se que já começa a se formar entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de responsabilizar o Estado pela demora na prestação jurisdicional:

Assim, no caso da demora na prestação jurisdicional, configura-se, pois, de maneira insofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular prejudicado indenização cabível a ser paga pelo Estado.

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.³⁷

REFERÊNCIAS

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and Legal System of the United States*. 4. ed. Thomson west, 2006.

37 DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9548/A_Demora_na_Entrega_da_Presta%EF7E30.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 de outubro de 2011, p. 32.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004.

_____. *A execução fiscal no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

ARTIGOS EM PERIÓDICO

1. DELGADO, José Augusto. *A demora na entrega da prestação jurisdicional: responsabilidade do Estado: indenização*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9548/A_Demora_na_Entrega_da_Presta%E7%E3o.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006/jan. de 2007,

3. RODRIGUES, Francisco Cezar Pinheiro. Morosidade da justiça civil brasileira: causas e remédios. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.6, n.32, p.40-62, nov./dez.2004. Disponível na internet em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf> . Acesso em: 01 de outubro de 2011.

