

OpiniÃ£o: a morte das sÃºmulas pela incompatibilidade com o sistema

“Toda despedida é dor”, diz Shakespeare. No caso das sÃºmulas, entretanto, a frase pode ser facilmente desmentida. Com raÃ­zes no Direito lusitano, ao menos desde as OrdenaÃ§Ãµes Alfonsinas (sÃ©culo XV)[1], as sÃºmulas sempre foram compreendidas como mecanismos destinados a racionalizar o trabalho dos tribunais brasileiros, nÃ£o como instrumentos para imprimir coerÃªncia, estabilidade e seguranÃ§a jurÃ­dica — o que se espera que aconteÃ§a com a adoÃ§Ã£o do sistema de precedentes pelo CPC/2015.

De se imaginar, entÃ£o, que seu destino seria a extinÃ§Ã£o, dada a incompatibilidade com as bases principiolÃ³gicas do sistema de *common law*, ancoradas na replicaÃ§Ã£o de decisÃµes formadas no julgamento de casos concretos, quando suficiente a similaridade entre os fatos relevantes do caso precedente e do caso posterior.

No entanto, o CPC/2015 manteve vivo o espÃ­rito dos verbetes sumulares (a exemplo dos artigos 926 e 927), num anacronismo digno de Petrarca, no intento de resgatar seu original sentido de “resumo” (sÃºmula = resumo) de precedentes mediante a exortaÃ§Ã£o do artigo 926, parÃ¡grafo 2º, do CPC, no sentido de que a redaÃ§Ã£o das sÃºmulas se atenha Ãs circunstÃ¢ncias fÃ¡ticas dos precedentes que as ensejaram.

Se, de um lado, tem o precedente por finalidade garantir a previsibilidade do sistema normativo, com vistas a orientar a sociedade na forma de agir e se comportar, as sÃºmulas sÃ£o, na definiÃ§Ã£o de Nunes Leal, apenas “um mÃ©todo de trabalho” com a finalidade Ãºnica de racionalizar a atividade dos tribunais. Esclarece o entÃ£o ministro que, Ã ¢poca (1963), pareceu acertada a criaÃ§Ã£o de enunciados (persuasivos) que resumissem ou indexassem a extensa jurisprudÃªncia predominante do STF, facilitando o árduo trabalho, mas sem a implacÃ¡vel eficÃ¡cia de lei dos antigos assentos da Casa de SuplicaÃ§Ã£o. Atingia-se um modo de consolidar a jurisprudÃªncia, facilitando sua citaÃ§Ã£o e simplificando os julgamentos das questÃµes repetitivas mediante a atribuiÃ§Ã£o de alguns efeitos processuais, como negar-se provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisÃ£o denegatÃ³ria de seguimento do recurso extraordinÃ¡rio, sempre quando em sentido contrÃ¡rio ao entendimento consubstanciado no verbebo sumular[2].

Todavia, a pressa do dia a dia profissional, a conveniÃªncia como atalho de fundamentaÃ§Ã£o ou mesmo a falta de compreensÃ£o de sua natureza de mero resumo ou sumÃ¡rio de um ou mais precedentes levaram frequentemente ao empobrecimento ou achatamento do debate acerca dos respectivos precedentes, abortando, de maneira prematura, discussÃµes relevantes acerca da aplicabilidade direta ou analÃ³gica de um precedente ou mesmo o afastamento por distinÃ§Ã£o fÃ¡tica entre este e o caso concreto. Como tal, a despeito de ter sua origem fincada em um precedente, dele se desvincula por completo, ganhando vida autÃ´noma, sendo seu texto autossuficiente em si mesmo.

Pela sua autossuficiÃªncia, diga-se de passagem, sequer comporta interpretaÃ§Ã£o, com a observaÃ§Ã£o de que se sobre ela paira discussÃ£o hermenÃªutica, ampliativa ou restritiva, jÃ¡ nÃ£o mais cumpre o seu papel, “que é o de encerrar discussÃµes que o Tribunal tem por ociosas à vista dos precedentes e na extensÃ£o deles extraÃ­da”[3]. Ou se observa o seu texto ou se sujeita ao cancelamento, diferentemente do que ocorre no sistema de precedentes, com a utilizaÃ§Ã£o das tÃ©cnicas de *distinguishing*.

Por consequência, não sendo a análise comparativa de casos afeita à cultura jurídica brasileira, a sedução do rápido atalho sumular pode facilmente desbordar para seu uso raso e literal pelos tribunais e juízes, em um raciocínio lógico-dedutivo em tudo semelhante à aplicação da lei, desnuda de assimilações fáticas e dos fundamentos determinantes da decisão que, originariamente, outorgou-lhe o sopro da vida. Algo similar ao filho pródigo, com a diferença de que não há, em momento algum, o retorno às origens. Assim, longe de ser apenas um ponto de chegada, consubstanciando reforço argumentativo, afigura-se como inexorável fundamento primeiro da tarefa de exposição racional de convicções jurídicas, não raro sem qualquer averiguação crítica acerca dos reais laços existentes entre as justificativas que deram vida à súmula e as nuances do caso concreto em que se pretende aplicar suas diretrizes hermenêuticas.

Vício este, aliás, que gera o que podemos pejorativamente chamar de “súmula-lei”, por analogia aos antigos decretos-lei, delegações ou usurpações da atividade legislativa utilizados no passado por regimes autoritários. Essa equivocada compreensão da natureza das súmulas, entretanto, esbarra no princípio da separação dos poderes, cláusula pétreia que impede que se dê a elas conotação de norma abstrata legislada [4].

A propósito, Streck, ao citar o positivista kelseniano Mathias Jestaedt, anota que o Tribunal Constitucional alemão construiu um positivismo jurisprudencial ao substituir, com o transcorrer do tempo, o constituinte originário pelas decisões do *Bundesverfassungsgericht*. O tribunal, nesse contexto, cimentou o entendimento de que o Direito se forma *ex post*, ou seja, inexistente Direito anterior à decisão judicial. Nesse tipo de jurisprudencialismo, o juiz cria o Direito para o caso concreto sem estar vinculado a nada antes dele. Esse *positivismo jurisprudencialista* é também praticado por parcela considerável dos tribunais brasileiros e do próprio STF, notadamente no que diz respeito à edição de súmulas vinculantes [5]. Ou seja, são criadas teses gerais e abstratas, já se antevendo sua posterior aplicação. Com isso, o tribunal faz as vezes do legislador, sem qualquer compromisso com a decisão pretérita, ou melhor, sem qualquer compromisso com os laços pretéritos.

De forma que, se se propõe a conviver com as súmulas, ao mesmo tempo em que se adota a doutrina dos precedentes, há de se perquirir, ao invocar determinada súmula, o contexto fático dos casos que lhe deram origem, assim como as proposições sociais que fundamentaram os precedentes que os solucionaram. Afinal:

[...] Sem a busca da história ou, ainda melhor, do DNA — por assim dizer — das súmulas, jamais será possível tê-las como auxiliares do desenvolvimento do direito, já que não existirão critérios racionais capazes de permitir a conclusão de que determinada súmula pode, racionalmente, ter o seu alcance estendido ou restrito (*distinguishing*) para permitir a solução do caso sob julgamento [6].

De par com isso, as súmulas devem, na linha do Direito precedencial, retratar a realidade do Direito de determinado momento histórico, o que implica, necessariamente, a reconciliação com os precedentes que lhes fizeram nascer, revisitando não só o contexto fático, assim como também a própria *ratio decidendi*, quando sobre elas pairarem dúvidas de interpretação.



Logo, se súmula não é lei (nem mesmo a súmula vinculante constitucional), impende que o operador do Direito observe que não é a literalidade do seu texto que vincula — já que o juiz não produz norma abstrata, mas apenas prolata a solução de um caso concreto, cujos fundamentos determinantes servem de paradigma para julgamentos futuros, cristalizados ou não em curtos verbetes sumulares. A limitação das palavras de referido verbe não pode turvar a visão de advogados e julgadores, fazendo-os olvidar que o enunciado nem sempre bem representa a *ratio* do respectivo precedente, como determina o artigo 926, parágrafo 2º, do CPC. Do contrário, se malsucedida sua exortação, que tentou adaptar as súmulas ao novo sistema, então melhor que sejam extintas a permitir que esvaziem a nascente doutrina de precedentes. Ao estilo de García Márquez, estaremos narrando uma história para a qual já sabemos o final — a morte das súmulas, pela incompatibilidade com o sistema. Afinal de contas, “*veritas, non auctoritas facit iudicium*” (a verdade, não a autoridade, faz a jurisdição).

[1] Ordenações Alfonsinas de 1446, Prefácio ao Livro I, Universidade de Coimbra, 1792. Disponível em <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/20280>>.

[2] LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, jul/set 1981, p. p. 1-20.

[3] LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 145, jul/set 1981, p. p. 1-20.

[4] PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho*. Editora LTr, 2018, p. 84.

[5] STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.309.