

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PAPEL DAS SÚMULAS E “JURISPRUDÊNCIAS DOMINANTES” NO DIREITO BRASILEIRO

Lênio Luiz Streck

1. Estas reflexões surgiram a partir do exame de algumas questões formuladas em determinado concurso público para ingresso em carreira jurídica no Rio Grande do Sul, em que, na prova preambular — de caráter *objetivo* — várias perguntas exigiram, como resposta CORRETA no gabarito, alternativas baseadas, EXCLUSIVAMENTE, em súmulas exaradas pelos tribunais superiores brasileiros.

Pretende-se, desse modo, utilizando-se como pano de fundo UMA das questões formuladas na referida prova, discutir/questionar o papel das súmulas e das assim chamadas “jurisprudências dominantes” no direito brasileiro.

Assim, este artigo objetiva a elaboração de uma crítica a setores da dogmática jurídica que insistem em atribuir valor vinculante às súmulas, atribuindo a estas âmbitos de validade superiores à própria lei.

2. A questão nº 2, do aludido concurso, enunciava:

Fulano de tal falsificou as primeiras vias de notas fiscais relativas à venda de insumos agrícolas (notas calçadas), desse modo obtendo indevidamente recursos do Programa de Subsidio aos Preços dos Fertilizantes (PROFERT). Trata-se de:

- a) Falso
- b) Estelionato
- c) Falso e estelionato, em concurso formal

d) Falso e estelionato, em concurso material

e) Crime continuado

Consoante o gabarito, a alternativa correta era a letra "b", baseada na Súmula 17, do Superior Tribunal de Justiça, pela qual "quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

Os candidatos que marcaram, por exemplo, as alternativas "a" ou "c", interpuseram recursos à Comissão do Concurso, que os indeferiu.

Aparentemente, nada disso acarretaria qualquer problema, levando-se em conta os limites da dogmática jurídica, dentro da qual, no campo da dita "prática dos tribunais", tem sido dado às súmulas âmbito de validade superior às leis.¹

Porém, mesmo que de forma superficial, é necessário que se faça uma análise mais percuciente a respeito dessa problemática.

3. *Ab initio*, deve ficar claro que a uma súmula não pode ser conferido o mesmo âmbito de validade que o de uma lei ordinária. Como se sabe, o nosso sistema jurídico se filia à "família" romano-germânica, no qual a influência dos precedentes jurisprudenciais reduz-se à advertência dos riscos a que estão sujeitos os comportamentos judicantes diferentes. Nesse sentido, é relevante lembrar que entre regras de direito jurisprudencial e regras de direito formuladas pelo legislador existem duas importantes diferenças. A primeira diz respeito à importância relativa, num dado sistema, de uma e outras. A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer estes quadros. O alcance do direito jurisprudencial é, por isto, limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de "common law". As "regras de direito" estabelecidas pela jurisprudência, em segundo lugar, não têm a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que estabeleceu; ela não pode mesmo invocá-las, de modo geral, para justificar a decisão que vai proferir. Se numa nova decisão os juízes aplicam uma regra que já tinham anteriormente aplicado, isto não é devido à autoridade que esta regra adquiriu pelo fato de a terem consagrado; com efeito, *esta regra não tem nenhum caráter imperativo*.² Como bem assevera Dinamarco, saibam as pessoas do gran-

de risco que correm, caso contem com situações jurídicas negadas pelos tribunais, em sua linha costumeira de julgamento; saibam os juízes da provável reforma de seus julgamentos, caso prefiram linha diferente. Como se disse da *autoritas* do Senado Romano a força da jurisprudência "é mais do que um conselho e menos que uma ordem".³

Dito de outro modo, a jurisprudência não constitui positividade do poder. Na realidade, sequer a jurisprudência costuma ser vista desse ângulo, o que constitui manifesto mau vezo de associar as coisas do processo ao direito privado e esquecer-se de sua vinculação ao sistema político. Mas é inegável que na sentença o direito se positiva. Não com o caráter de "universalidade" com que se dá a positividade mediante a lei. A positividade do direito através da sentença refere-se exclusivamente ao caso concreto, ou seja, ao objeto do processo em que é proferida (*streitgegenstand*). Nesse sentido, é a lição de Dinamarco, para quem a função jurisdicional não tem vocação à generalidade, que é reservada à lei.⁴

Entender-se que as assim chamadas "jurisprudências dominantes" ou as súmulas tenham caráter vinculativo, ao ponto de lhe serem atribuídas validade até superior às leis em geral, é ignorar, salvo melhor juízo, o tipo do sistema jurídico vigente no Brasil. Destarte, não é demais lembrar que somente nos sistemas jurídicos de direito não escrito ("família da *Common Law*"), pode ser compreensível que, do julgamento de cada *case*, se extraia critério para julgamentos futuros. Como se sabe, na "família da *Common Law*" certas sentenças contêm um *holding*,⁵ que é a parte em que enunciam normas de eficácia vinculativa para o futuro.

Frise-se, ainda, que, na Inglaterra, existe, desde o Século XIX, uma regra de precedente que impõe aos Juízes, em dadas condições, seguirem as regras de direito decorrentes de julgamentos precedentes de outros juízes. Nos Estados Unidos, há uma regra semelhante, mas esta regra americana do *stare decisis* não funciona nas mesmas condições e não tem o mesmo rigor que a atual regra inglesa do precedente.⁶ Como bem lembra René David⁷ tudo se encontra complicado, nos Estados Unidos, pelo novo elemento introduzido pela estrutura federal do país. Certamente, acrescenta, aspira-se a que o direito assegure a segurança das relações jurídicas e, neste aspecto, parece desejável uma rigorosa regra do precedente. Mas é também necessário evitar que se estabeleçam, entre o direito aplicado dos diversos Estados, diferenças irreduzíveis; por isso, é conveniente um en-

fraquecimento da regra. Em presença destas exigências contraditórias, concebe-se que os juristas americanos tenham evitado uma tomada de posição muito precisa. Conforme os casos, porão em destaque o rigor ou a flexibilidade necessários de direito jurisprudencial.

4. Do exame do problema aqui colocado, feitas as necessárias considerações — para os limites deste trabalho — em nível de direito e legislação comparados, constata-se que a citada questão n.2, do aludido concurso público, tratava de matéria penal — especificidade “concurso de crimes” —, tal seja, a relação do estelionato com outros crimes contra o patrimônio, para cuja discussão a jurisprudência brasileira apresenta várias soluções. Assim, conforme o compêndio dogmático escrito por Celso Delmanto, caso o estelionato seja cometido mediante a falsificação, existem quatro posições na jurisprudência: Posição 1 — O estelionato absorve a falsidade, quando esta foi o meio fraudulento empregado para a prática do crime-fim que era o estelionato (Súmula 17, STJ; JSTJ e TRF 8/211; RT 516/376; TJRS, RF 606/105...). Posição 2 — Há concurso formal (STF, RT 363/391; RTJ 117/70; RT 602/373...). Posição 3 — O crime de falso prevalece sobre o estelionato (TJSP, mv, RJTJSP 110/160; RT 511/315...). Posição 4 — Há concurso material (TJSP, mv RJTJSP 85/366). Vale observar, ainda, que, para as posições “1”, “2”, e “4”, é indiferente que a falsidade seja de documento público ou particular, material ou ideológica, ou apenas uso de documento falso.⁸

Frise-se que a própria dogmática jurídico-penal coloca a posição n. 1 (Súmula 17 — considerada como única alternativa correta no concurso) como UMA das quatro posições possíveis. Não há, aí, qualquer contradição da dogmática. A contradição começa toda vez que setores dessa mesma dogmática tentam dar aos entendimentos sumulares FORÇA VINCULATIVA, como se estivéssemos diante de um *stare decisis*, próprio da *Common Law*...

Na medida em que — e isso parece óbvio — somente a lei tem força vinculativa, toda vez que uma súmula é esgrimida como auto-suficiente/satisfativa da resolução jurídica apresentada, ocorre uma errônea compreensão sobre qual o tipo de sistema jurídico adotado no Brasil. As súmulas, como também as assim chamadas jurisprudências dominantes, têm somente o condão de INDICAR a orientação que os tribunais vem trilhando. Aliás, via de regras, as “jurisprudências dominantes” são citadas descontextualizadas, transformando-se em nada mais nada menos do que em *prêt-à-porter* significativos. Algo do tipo “legítima

defesa não se mede milimetricamente...”, que passa a ser usado para qualquer caso jurídico, sem que se indague, nem ao menos, a origem de tal “jurisprudência”. A atitude da dogmática jurídica, nesse diapasão, em sua determinação de normativizar as condutas dos atores jurídicos e da sociedade, *oculta a gênese* de sua ação interessada, impossibilitando, assim, a instituição de uma razão comunicativa que elucide a nível consensual, os efeitos da prática jurídica com o mundo das ações cotidianas.

O que deve ficar claro é que, mesmo com o advento de uma súmula, esta não tem o condão de ilidir/tolher/aprisonar a atividade dos atores jurídicos, na medida em que o Direito é, na verdade, constituído por elementos político-ideológicos desde as suas origens históricas, sofrendo, cotidianamente, influência das mutações das formações sociais.

Nesse sentido é relevante frisar que a “autosuficiência” sumular/jurisprudencial, fruto de uma uniformidade propiciada pelos tribunais superiores, despenha uma função aglutinadora, calibradora e padronizadora. Constituinte um requisito necessário, porém não suficiente para a imperatividade do direito positivo — é um produto de uma situação de “controlabilidade difusa” da atuação dos atores jurídicos, contexto no qual se insere, sem dúvida o modo de elaboração das provas de concursos públicos.⁹

5. Não se nega que a influência que a jurisprudência tem é mais intensa que a das lições doutrinárias, que se dá *rationis auctoritate*. Aqui, realmente, tem-se algo que vai à “personalidade” das pessoas e de alguma forma exerce algum peso em suas decisões e conduta; mas os alvites dos doutrinadores, na feliz expressão de Dinamarco, ficam nos confins do mero “conselho”, tratando-se de mais acentuatadamente moderado de influência, desacompanhado obviamente de qualquer ameaça de “privação” ou coerção ou sanção de qualquer ordem — COMO A JURISPRUDÊNCIA TAMBÉM — e mesmo sem a implícita advertência que as linhas jurisprudenciais trazem consigo *ratione auctoritatis*.¹⁰ Ou seja, repetindo o que há foi dito anteriormente, usando a linguagem política, a jurisprudência não constitui positivamente do poder, embora não se ignore que as sentenças são portadoras daquilo que José Eduardo Faria denomina de “intencionalidades objetivas”, constituindo, portanto, atos de positividade do poder.¹¹ Cabe observar, nesse sentido, que, não obstante na sentença o direito se positivou, não há, nisto, o caráter de “universalidade”, que é própria da lei, especificidade essa que, nos limites deste trabalho, nos interessa.

6. Em considerações finais, pode-se dizer que o papel desempenhado pelas súmulas e pelas "jurisprudências dominantes", transformadas em meros *prêt-à-porter* significativos, objetiva a legitimação interna do sistema jurídico-político vigente. Para que esse processo tenha eficácia, busca o sistema uma sistematização jurisprudencial e uma coesão ideológica cujos propósitos, em termos funcionais, são, utilizando o esquema montado por Faria, os seguintes: PRIMEIRO, assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico em vigor; SEGUNDO, propiciar as diretrizes gerais para a ação judicial e regular a atuação dos demais atores jurídicos envolvidos no processo; TERCEIRO, orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei; QUARTO, "imunizar" o sistema contra o risco de interpretação *contra legem*; QUINTO, controlar a consistência das decisões limitando as premissas hermenêuticas; SEXTO, oferecer os pontos de partida para a argumentação de todos os operadores do direito (juizes, promotores, advogados, etc.); e SÉTIMO, estabilizar as expectativas da própria "clientela" dos tribunais.¹² Assim, na esteira do que assevera Faria "com uma visão de mundo amplamente partilhada pelos juizes de todas instâncias e níveis de especialização (e acrescentaríamos aqui todos os atores jurídicos), portanto, não haveria possibilidade de coerência hermenêutica — e, sem ela, não haveria como se forjar uma jurisprudência minimamente uniformizada, capaz não só de regularizar as atividades judiciais e de "calibrar" as possibilidades interpretativas admitidas numa "cadeia normativa", mas, também, de estabelecer a própria "unidade de sentido" de todo o sistema jurídico, globalmente considerado e obter, deste modo, a previsibilidade, a calculabilidade e a segurança do direito.¹³

Sobre essa problemática, pois, é que se faz necessária uma reflexão. Nessas poucas páginas, procurou-se levantar algumas perplexidades da dogmática jurídica, a partir de uma questão de uma prova para ingresso em concurso público. Sem dúvida, a discussão sobre o papel das súmulas em nosso sistema jurídico é apenas a ponta do *iceberg*. A dogmática jurídica sustenta a crença de que um problema pode ser encarado à luz de considerações de fatos (econômicos, etc.), mas também pode ser abordado a partir de considerações puramente jurídicas, que são, para ela, as garantias máximas para a objetividade e segurança. Ou seja, setores influentes da dogmática jurídica acreditam que a superestrutura jurídica é o âmbito da segurança, que suas estruturas racionais são a cidadela que nos põe ao resguardo do caos fático. As súmulas e os "precedentes jurisprudenciais" majoritários são, assim, alguns dos canais "sagrados" que nos ajudarão, de forma desi-

deologizada, a escapar do caos. A dogmática positivista, nessa perspectiva, vai se sustentar no mito de uma consciência que pode, quando é trabalhada pela ciência, transformar-se em uma consciência desideologizada, transparente. *Devemos, entretanto, nos recusar a aceitar esse mito*. O que se deve procurar demonstrar, para a viabilização de uma crítica consistente à dogmática é que o discurso dogmático, no dizer de Tércio Ferraz Jr. não é um discurso meramente informativo mas sim eminentemente persuasivo, no sentido de que o emissor pretende que sua informação seja acreditada pelo receptor. Visa, pois, a despertar uma atitude de crença. Trata-se, então de um discurso que intenta motivar condutas, embora não se confunda com discursos prescritivos, onde, aí sim, os qualificativos de verdadeiro e falso carecem totalmente de sentido. A verdade entra em discurso persuasivo como um instrumento de motivação e não como pura informação. Mas, acrescenta Tércio, ao pôr-se a serviço da motivação, ela corre o risco de encobrir o ideológico, que passa, então, a dominá-la.¹⁴

Ainda, numa palavra, cabe dizer que as súmulas e as "jurisprudências dominantes" são típicas manifestações de discursos monológicos, que, enquanto manifestações da dogmática jurídica, visam estabilizar os conflitos que chegam até o judiciário. A mi(s)tificação do uso das súmulas e dos "entendimentos jurisprudenciais mananciosos e majoritários" resulta na supressão simbólica da autonomia dos sujeitos/atores jurídicos, construindo um imaginário coercitivo, no interior do qual os conflitos são resolvidos através de "*prêt-à-porter* significativos". Urge, pois, refletir sobre isso...

NOTAS

- ¹ Nesse sentido, ver STRECK, Lenio L. O artigo 16 do CP e a súmula 554, do STF: A injustiça de uma "antinomia" não resolvida. In: *Revista do Ministério Público RS*, n.26, p.19-29.
- ² Ver, para isso, DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho. São Paulo : Martins Fontes, 1986. p.120.
- ³ Cfe. DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987. p.151. DAVID, René. *Op. cit.* p.127 e 128, lembra que, excepcionalmente, pode ocorrer que, num dado país filiado à

família romano-germânica, se torna obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente, ou linhas de precedentes. Assim, na Alemanha, a autoridade do precedente liga-se às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicados nos *Bundesgesetzblatt*. Ela liga-se, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional. A autoridade de precedente é reconhecida em Portugal às decisões (assentos) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça. O papel criador da jurisprudência é também reconhecido oficialmente na Espanha com a noção de "doutrina legal". Admite-se, em virtude da lei, nesse País, um recurso para o Supremo Tribunal, contra uma decisão judiciária, se esta violou a "doutrina legal". De modo análogo, considera-se, na Alemanha que, quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*ständige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo ser a este título, a partir de então, aplicada pelos juízes.

⁴ Idem, idem, p.153 e 154.

⁵ Para tanto, ver DINAMARCO, op. cit., também FARNSWORTH, As introductions to the legal system on the United States, p.61.62; TUNC-TUNC, Le droit des Etats Unis, n.31-33; ROSCOE POUND, Justice according to law, p.60-63. A circunstância de que, de cada caso se extraia critérios para julgamentos futuros, tem relevância nos sistemas da *common law*, pela busca de alguma estabilidade e segurança suficiente no próprio direito (isso não significa que o juiz se torna legislador). Onde se tem direito escrito, todavia, isso não é necessário, nem é aconselhável que os tribunais extratiquem tanto a sua orientação em torno de teses, que a dinâmica do direito fique trancada. Pela via da apreciação judiciária de casos concretos, é lícito esperar a evolução do próprio direito, segundo a dinâmica social e evolução das perspectivas axiológicas.

⁶ Nesse sentido, ver GOODHARD, A. L. *Essays in Jurisprudence and the Common Law* (1931). (reimpresso em 1972).

⁷ Ver DAVID, René. *Op. cit.* p.390-391.

⁸ Ver DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado* — atualizado e ampliado por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro : Renovar, 1991. p.301.

⁹ Nesse sentido, ver FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p.29.

¹⁰ Cfe. DINAMARCO, op. cit., idem, idem.

¹¹ Ver FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*. São Paulo : Perspectiva, p.22.

¹² Para isso, ver FARIA, Justiça e conflito, op. cit. p.28.

¹³ Idem, idem, p.28 e 29.

¹⁴ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. p.178.