

Usando o processo contra o processo: como o STF, por meio do RE 591.068, negou efetividade à sua própria súmula vinculante nº 1

Damião Alves de Azevedo
Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Brasília (UnB)

RESUMO

O STF, por meio do RE 591.068, deixou de aplicar o regime de repercussão geral da forma prevista no CPC, criando um procedimento de reconhecimento da repercussão geral sem admissão de recurso. Esse procedimento viola a lógica processual mais elementar, pois é materialmente impossível avaliar a repercussão geral sem analisar o mérito do recurso. Porém, mais grave que o vício de lógica, o STF inadvertidamente permitiu que todos os acórdãos contrários à sua própria súmula vinculante nº 1 fossem mantidos, em flagrante desrespeito ao entendimento do tribunal e, principalmente, violando o princípio constitucional que exige uniformidade na jurisprudência constitucional.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 1. FGTS. Repercussão Geral. Efetividade.

ABSTRACT

The Supreme Court, through the RE 591.068, has not considered the regime of general repercussion as it is prescribed at the Code of Civil Procedure, creating a procedure for recognition of general repercussion without admission of appeal. Such a legal movement violates the most elementary procedural logic, since it is impossible to analyse materially this repercussion without analyse the appeal itself. Nevertheless, worse then the logic vicious, the Supreme Court (STF) inadvertently permitted that all judgments in disagreement with its own biding precedent # 1 been kept, in blatant disregard to the understanding of the court and, mainly, violating the constitutional principle that requires uniformity in constitutional jurisprudence.

Keywords: Biding Precedent nº 1. FGTS. General Repercussion in Extraordinary Appeals. Effectiveness.

1 O significado da súmula vinculante nº 1: abuso de direito e *venire contra factum proprium*

Em 6 de junho de 2007, o STF publicou suas três primeiras súmulas vinculantes. Não por acaso, a primeira delas tratou sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 110/01, que regulou a forma de pagamento das diferenças de correção monetária que o STF estabelecera como devidas no célebre julgamento do RE 226.855, ponto culminante de uma avalanche de milhões de ações judiciais sobre o mesmo tema.

A LC 110/01 autorizou o acréscimo cumulativo de 16,64% e 44,08% sobre os saldos das contas de FGTS mantidas, respectivamente, entre 01/12/88 e 28/02/89 e durante o mês de abril de 1990. Porém, seu art. 6º, além de fixar prazos de parcelamento para o crédito da complementação, estabeleceu que os pagamentos seriam reduzidos em percentuais fixados conforme o valor da diferença a receber. Diferenças até R\$ 2.000,00 seriam pagas integralmente. Valores superiores sofreriam descontos em proporções crescentes conforme o valor do crédito.¹

Entretanto, esses descontos e o parcelamento só ocorreriam para fundistas que concordassem expressamente, por meio da assinatura de um termo de adesão. Como o acórdão do RE 226.855 não tinha efeitos vinculantes, a Caixa Econômica Federal e a União poderiam continuar a interpor recursos em todos os processos judiciais sobre a matéria. Portanto, a vantagem oferecida pela LC 110/01 era conferir certeza ao fundista sobre os valores que receberia e sobre os prazos em que os receberia. Sem o acordo, o recebimento ficava postergado para a fase de execução da sentença, que só ocorreria depois de esgotadas todas as instâncias recursais. Além disso, dependeria de cálculos periciais que poderiam ser objeto de impugnação e de novos recursos. Apesar do desconto, e mesmo com o parcelamento, a LC 110/01 oferecia segurança jurídica ao fundista, poupando-o do desgaste financeiro e emocional de um longo processo. Isso permitiu ao fundista avaliar autonomamente se as condições propostas na lei lhe eram interessantes ou seria vantajoso pleitear o pagamento por meio do ajuizamento de ação.

Para os fundistas que já tinham ajuizado ações, havia modelo de termo de adesão específico, com cláusula explícita por meio da qual o signatário desistia da pretensão judicial como condição de fazer jus às condições de pagamento definidas na LC 110/01. Isto é, na prática, o termo correspondia a um acordo firmado entre as

¹ Os descontos eram os seguintes: para créditos entre R\$ 2.000,01 e R\$ 5.000,00 = 8%. Para créditos entre R\$ 5.000,01 e R\$ 8.000,00 = 12%. Acima de R\$ 8.000,00 = 15%.

partes para solução do litígio. Afinal, os termos da LC 110/01 eram expressamente diversos das pretensões judiciais, razão pela qual alguém só poderia concordar com as condições de pagamento fixadas na lei se, simultaneamente, renunciasse às pretensões judiciais incompatíveis com os termos da lei.

Porém, adveio um enorme número de decisões judiciais que invalidaram os termos de adesão, sob o fundamento de serem abusivas as cláusulas fixadas na LC 110/01, não podendo ser considerada a adesão nas ações ajuizadas pelos signatários. Um dos objetivos da LC 110/01 foi oferecer um mecanismo para solução extrajudicial da controvérsia. O termo de adesão criado pela lei só faria sentido se ele se prestasse a evitar o ajuizamento de mais ações e pôr fim às ações já ajuizadas. Não obstante, inúmeros juízes, de todo o país, entenderam que as condições de pagamento da LC 110/01 seriam inconstitucionais e, portanto, a concordância do fundista deveria ser desconsiderada.

Inevitavelmente, a matéria chegou ao STF. De um lado, havia a tese de que a vontade do fundista – expressa na assinatura do termo de adesão – deveria ser aceita como renúncia aos direitos nos quais se fundavam as ações, por se tratar de direitos disponíveis. Do outro lado, a tese de que a assinatura do termo de adesão não teria valor legal porque as disposições legais que o criaram (LC 110/01) seriam lesivas ao fundista por versarem sobre direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

A questão constitucional era a seguinte: a assinatura do “termo de adesão” seria um meio lícito para manifestação da vontade do fundista?

O STF respondeu que sim. E depois de reiterar esse entendimento em alguns julgados, entendeu por bem utilizar alguns desses precedentes para elaborar sua primeira súmula vinculante.

Súmula Vinculante nº 1: Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Isso equivale a dizer que a assinatura do termo de adesão é manifestação de vontade imediatamente apta a gerar efeitos no processo judicial do qual o signatário seja autor, correspondendo à renúncia dos direitos discutidos na ação. Decorre da súmula que, se não for provada existência de vício de forma ou de consentimento no ato da assinatura que comprometa sua validade ou eficácia, o juiz não pode simplesmente ignorar a existência do acordo extrajudicial.

As razões são simples. Nos termos da LC 110/01, a assinatura válida e eficaz do termo de adesão é suficiente para concretizar o acordo e produzir efeitos imediatos. A partir da assinatura, o fundista realizava a hipótese de incidência da lei e a CAIXA e o FGTS estavam legalmente obrigados a realizar os pagamentos na forma legalmente definida. Não se geravam apenas as expectativas de direito. A assinatura era suficiente para criar obrigações recíprocas e, por si só, impunha à CAIXA, como gestora do FGTS, a adoção de providências administrativas concretas para cumprimento do acordo. Não só à Caixa, mas também à União eram impostas obrigações, pois as atividades da gestora dependem de verbas orçamentárias e das correspondentes operações financeiras por parte dos órgãos competentes da Administração Direta.

Desconsiderar a adesão caracterizaria evidente violação da boa-fé, pois o fundista estaria assumindo atitude contrária a seu próprio comportamento anterior, depois de a outra parte já ter realizado providências e assumido compromissos, com base na primeira atitude do fundista, isto é, depois de a Caixa e a União já terem investido no compromisso assumido pelo fundista. Esse evidente descompasso entre o primeiro comportamento e o segundo, em que o fundista nega sua manifestação anterior, produz ilicitude manifesta (*venire contra factum proprium*). É lícito desistir de um ato ou voltar atrás numa decisão. Isso é obviamente um direito. Contudo, se a primeira manifestação de vontade já produziu efeitos jurídicos, a parte é responsável pelas consequências que se verificarem, não podendo abusar do seu direito em prejuízo de outrem. E seria isso o que ocorreria caso se admitisse ao fundista prosseguir com demanda judicial contrária ao ato jurídico perfeito e firmado de boa-fé.

2 A relutância jurisprudencial em aplicar a súmula vinculante nº 1

Todavia, nem mesmo a publicação de uma súmula vinculante foi suficiente para convencer inúmeros juizes e tribunais de que a LC 110/01 é constitucional e não viola direitos.

A Súmula Vinculante nº 1 (SV1) prevê a necessidade de se “ponderar as circunstâncias do caso concreto”. Essa ressalva é nítida redundância retórica. Presta-se apenas a enfatizar um pressuposto necessário. Afinal, é óbvio que, se houver circunstâncias especiais que o justifiquem, não só a incidência da SV1 como também a incidência de qualquer súmula, aliás, de qualquer lei, podem ser afastadas. Toda norma abstrata, necessariamente, estabelece regras gerais que somente são aplicáveis quando os fatos ou atos jurídicos em

análise se enquadram na hipótese de incidência abstratamente prevista. Havendo circunstância especial que não permita a subsunção do fato específico à norma geral, aquela norma não poderá ser aplicada no caso concreto, sendo preciso encontrar no ordenamento outra regra apta a incidir na hipótese. Ou seja, orações como “ponderar as circunstâncias do caso concreto” poderiam constar em praticamente qualquer norma abstrata que possa ser imaginada.

Entretanto, essa aparentemente singela oração subordinada foi usada para afastar a incidência da SV1 nas mais diversas situações em que não havia qualquer discussão sobre a validade ou eficácia da declaração de vontade do fundista.

Embora o termo de adesão do FGTS tenha sido criado por lei e o enquadramento no FGTS não caracterize negócio jurídico privado, mas uma vinculação estatutária cuja publicidade e autenticidade derivam da lei, diversos juízes e tribunais o rejeitaram porque não acompanhado de escritura pública, como se fosse um contrato privado que precisasse de mecanismos cartorários para dar-lhe publicidade.

Mas não era essa a única razão para se afastar a SV1.

Quando o acordo tinha data posterior à sentença, mas esta ainda estava pendente de trânsito em julgado ou de execução, julgava-se que por meio de termo de adesão não se poderia renunciar ao cumprimento do julgado.

Quando o acordo era anterior ao ajuizamento, julgava-se que o cidadão tinha o direito de desistir do acordo e questionar sua legalidade em juízo.

Quando o acordo tinha data posterior ao ajuizamento, mas anterior à sentença, julgava-se que o fato de o autor não ter requerido a extinção do processo também caracterizava posterior discordância dos termos do acordo.

Por sua vez, quando a própria Caixa juntava aos autos sua via do termo de adesão, julgava-se que ela não tinha valor se não subscrita pelo advogado do autor, isto é, o acordo não seria válido sem a anuência expressa do advogado, a despeito de não existir tal exigência na lei.

Enfim, passou-se a admitir todo pretexto possível para se desconsiderar a existência do acordo.

Todos esses julgamentos cometiam um equívoco elementar: tratavam a vinculação ao regime de pagamentos da LC 110/01 como se fosse um acordo privado, sob regime contratual, quando, na verdade, trata-se de um regime estatutário, decorrente de lei. O termo de adesão previsto na LC 110/01 é apenas o mecanismo pelo qual o trabalhador se vincula ao regime de pagamentos previsto naquela lei. Por isso, quando o STF admitiu a constitucionalidade

da LC 110/01, obviamente se deveria concluir que a forma do ato jurídico nela previsto (o termo de adesão) é suficiente para gerar os efeitos jurídicos pretendidos, independente do momento em que o termo foi assinado (se antes ou depois do ajuizamento, se antes ou depois da sentença). Aliás, a LC 110/01 foi promulgada com o objetivo explícito de pôr fim a demandas judiciais em curso, o que foi possível justamente por tratar de direitos disponíveis, cuja execução, mesmo quando amparada por sentença judicial transitada em julgado, é uma faculdade, e não uma obrigação imperativa e indisponível.

Desse modo não faz sentido exigir que o termo de adesão criado por lei demandasse escritura pública acessória para ter validade ou que precisasse ser subscrito pelo advogado do fundista, pois a forma do termo era regida por aquela lei especial (LC 110/01).

O trabalhador não estava obrigado a assinar o termo de adesão. Era uma alternativa. Se entendesse não ser vantajoso, bastava não assinar o termo e buscar seus direitos pela via judicial. Entretanto, uma vez assinado o termo, este não poderia ser desconsiderado, sob pena de se premiar a conduta contraditória e o abuso de direito.

Porém, apesar do flagrante, e absurdo, descumprimento da Súmula Vinculante nº 1, foi necessária a interposição de centenas – talvez milhares – de recursos extraordinários para que o STF pudesse julgar, quem sabe agora de maneira definitiva, se aquelas diversas situações, tomadas como fundamento para se afastar a SV1, realmente caracterizariam “circunstâncias” que legitimamente justificariam a rejeição dos acordos firmados.

E diante dessa nova avalanche de recursos extraordinários, o STF elegeu o RE 591.068-7 como modelo da controvérsia e o submeteu ao procedimento do art. 102, § 3º, da Constituição e arts. 543-A e 543-B do CPC.

3 O RE 591.068: a inusitada admissão de repercussão geral sem admissão do recurso

É possível, no entanto, que o RE 591.068 não tenha sido uma boa escolha, por uma razão processual e por uma razão de mérito.

Sob o aspecto processual, o RE 591.068 foi interposto em 27 de maio de 2004, portanto antes do advento do art. 543-A do CPC, surgido em dezembro de 2006. Então, em princípio, um recurso interposto em 2004 não poderia seguir um rito criado dois anos e meio depois.

Do ponto de vista do mérito da controvérsia, a escolha também não era a mais adequada, pois, apesar de ser um caso em que

um TRF julgou contrariamente ao entendimento consolidado no STF, o acórdão do TRF é anterior à existência da SV1, advinda apenas em 2007. Em 2004, quando o TRF julgou a apelação desse processo, o STF já tinha entendimento consolidado sobre a validade do termo de adesão criado pela LC 110/01. Porém, ainda não existiam súmulas vinculantes. Logo, embora sem dúvida fosse muito útil ter um acórdão vinculante do STF que compelissem os TRF's a julgarem que os acordos do FGTS não se submetiam ao art. 842 do Código Civil, seria talvez mais útil que se escolhesse um dentre os muitos casos em que o TRF flagrantemente desrespeitara a SV1.

Porém, possivelmente ambas essas ressalvas pudessem ser superadas se o STF tivesse chamado para si a responsabilidade do julgamento ao invés de jogar para o TRF a obrigação – que ele não tinha – de se retratar de seu próprio acórdão. Contudo, ao invés dessa solução evidente, o STF optou por adotar um procedimento não previsto em lei, que havia sido criado nos julgamentos das questões de ordem do RE 582.650 e do RE 580.108.

Ao relatar o RE 591.068, o ministro Gilmar Mendes apresentou questão de ordem ao plenário, para que a demanda recebesse a mesma solução dada aos RE's 582.650 e 580.108², em questões de ordem propostas pela relatora de ambos os casos, ministra Ellen Gracie. Esses recursos versaram sobre a aplicação da limitação da taxa de juros reais, fixada em 12% ao ano na redação original do art. 192, § 3º, da Constituição, matéria objeto de reiterados julgamentos do STF, cuja conclusão fora consolidada em sua súmula 648.³

Apesar de o procedimento aqui criticado não ter sido inventado no RE 591.068-7, as justificativas utilizadas pelo STF para invenção do procedimento, bem como as críticas apontadas aqui, são substancialmente as mesmas, tanto nos RE's sobre a limitação constitucional dos juros reais (súmula 648), como no RE 591.068, sobre a constitucionalidade da LC 110/01 (SV1). Por isso não nos detemos em analisar os votos e debates do plenário registrados nos dois julgamentos originais. Nosso estudo se concentrará na questão de ordem do RE 591.068, acerca da SV1.

Conforme o relatório do RE 591.068, o recurso foi interposto contra acórdão que não admitiu a validade de acordo sobre correção de saldo de FGTS “por ter sido o respectivo termo de adesão firmado fora dos autos e sem observância da forma de escritura pública, o que afrontaria o disposto no art. 842 do Código Civil”.

² *No relatório e no voto constou, equivocadamente, RE 582.108, para o segundo precedente.*

³ *A questão de ordem do RE 582.650 foi julgada em 16/04/2008, com acórdão publicado em 24/10/2008. A questão de ordem do RE 580.108 foi julgada em 11/06/2008.*

Sobre o mérito da questão, o relator conclui, a fl. 1720, que “a questão constitucional aqui suscitada [...] já é objeto de súmula vinculante nesta Corte”. E prossegue:

A forma adotada para a transação, que teve fundamento na Lei Complementar 110/2001, já foi analisada por esta Corte e considerada legítima, sendo ônus da parte interessada demonstrar se, no caso concreto, diante das circunstâncias peculiares dos que formalizaram o pacto, houve prejuízo em decorrência de vício de consentimento do titular do direito. (fls. 1720-1721).

Seria então o caso de julgar procedente o recurso, sob o fundamento de que a ressalva prevista na SV1, acerca da necessidade de “ponderar as circunstâncias do caso concreto”, não permite que o termo de adesão seja desconsiderado por não ter sido subscrito por advogado, nem muito menos por ausência de escritura pública, por não ser aplicável o art. 842 do Código Civil, vez que se trata de situação especial regida pela lei especial que criou o termo de adesão (arts. 4º e 6º da LC 110/01).

O acordo fundado na LC 110/01 não constitui transação ordinária, mas verdadeira modificação no enquadramento legal do fundista. Enquadramento este que se dá pela assinatura do termo criado na LC 110/01. Não há que se falar, assim, em aplicação subsidiária do Código Civil nesse caso, pois a forma de enquadramento no FGTS, bem como a consequência jurídica processual, não é contratual, mas sim institucional, legal. Não se aplica a regra geral do Código Civil porque a opção pelos pagamentos da LC 110/01 é regulada detalhadamente pela lei especial.

Contudo, em vez dessa solução evidente, o STF optou por adotar um procedimento não previsto em lei, que havia sido criado nos julgamentos das questões de ordem do RE 582.650 e do RE 580.108. Com base nesses precedentes, o STF admitiu a repercussão geral do RE 591.068, mas, paradoxalmente, não conheceu o recurso.

Não é preciso muito esforço para perceber que a solução criada pelo STF, além de não encontrar respaldo na lei, é uma contradição em seus próprios termos. Não distribuir o recurso significa não o conhecer. Por outro lado, não é possível atestar a existência de repercussão geral sem conhecer a pretensão recursal. Reconhecer a repercussão geral pressupõe, exige, análise do mérito. Não é possível cognição sobre repercussão geral sem conhecer o mérito do recurso. A repercussão geral deve ser um atributo da pretensão jurídica submetida ao tribunal, o que equivale a dizer: é um dos aspectos do próprio mérito do recurso.

Analisaremos detidamente os elementos do acórdão para compreender suas contradições.

3.1 A ementa e o extrato da decisão exarada na ata

O RE 591.068-7 fora protocolado em 27 de maio de 2004. Antes, pois, da regulamentação do instituto da repercussão geral, que somente foi disciplinado em 19 de dezembro de 2006, pela Lei 11.418, que incluiu os arts. 543-A e 543-B no CPC. Quando da reforma de seu Regimento Interno, o Plenário do STF firmara o entendimento de que somente deveria haver a incidência do novo regime recursal para os recursos interpostos depois de sua regulamentação pelo CPC, ao fundamento de que a repercussão geral é um novo requisito de admissibilidade do RE e o CPC inclusive estabelece requisitos formais de comprovação, que devem ser atendidos pela petição recursal. Diante do princípio de que a lei processual só pode incidir a partir de sua vigência, os RE's interpostos antes da entrada em vigor do art. 543-A do CPC não poderiam ser afetados pelo regime da repercussão geral.

Esse também foi o caso dos RE's 582.650 e 580.108, acerca da constitucionalidade das taxas de juros. Naqueles recursos, o que o STF fez, em questões de ordem levantadas nesses RE's, relatados pela ministra Ellen Gracie, foi voltar atrás no princípio de que a lei processual não retroagiria. O objetivo foi evitar que seguidos recursos sobre matéria já julgada pelo STF, e já objeto de súmula, continuassem a chegar ao tribunal. Naqueles casos, já havia a súmula 648. Mas mesmo assim os tribunais federais e estaduais continuavam a julgar contrariamente ao STF, obrigando as partes a recorrerem ao Supremo Tribunal.

Numa medida desesperada, e ingênua, o STF resolveu aplicar retroativamente o regime da repercussão geral aos RE's interpostos antes da regulamentação do instituto, numa tentativa de sensibilizar os tribunais de origem a observar a jurisprudência do Supremo. Desesperada porque deixa evidente a frustração dos ministros ao perceberem que, mesmo com a súmula 648, os tribunais de apelação insistiam em não seguir o STF. A devolução dos RE's aos tribunais de origem, para novo julgamento, soa como uma súplica, como um pedido de favor. Afinal, legalmente, os arts. 543-A e 543-B do CPC somente impõem ao tribunal de apelação exercer juízo de retratação se, e somente se, o Supremo tiver julgado o mérito de RE com repercussão geral. Mas o Supremo não teve a coragem de assumir a aplicação retroativa do art. 543-A do CPC. Talvez tenha ficado constrangido em julgar contra seu próprio Regimento Interno. Aplicou a repercussão geral pela metade, acreditando que obrigaria os tribunais de origem a refazerem seus julgamentos, sem

necessidade de o próprio Supremo atuar. A medida soa ingênua porque, se o tribunal de origem já desrespeitara o STF no primeiro julgamento, não haveria razão para acreditar que faria uma retração sem uma lei que o impusesse.

Ao que parece, o STF tinha a ilusão de que os tribunais de origem apenas desrespeitavam a súmula 648 porque ela não tinha efeitos vinculantes impostos pela lei. Como os RE's sobre a matéria eram todos anteriores ao art. 549-A do CPC, o STF parece ter acreditado, num juízo simplório, que estava fadado a continuar julgando aquele tema eternamente, só porque a súmula 648 não era vinculante e os RE's não tinham repercussão geral. Então, bastaria dar ao RE o aspirado efeito da repercussão geral e isso seria suficiente para sensibilizar os tribunais de origem de sua obrigação de aplicar a súmula 648. Seria como, por um passe de mágica, dar efeitos vinculantes à súmula 648.

No caso do RE 591.068, ora em análise, acontecia o mesmo. Talvez o STF tenha acreditado que os tribunais só desrespeitavam sua jurisprudência sobre a LC 110/01 porque se tratava de julgados anteriores à SV1. Todavia, se os ministros tivessem feito uma pequena pesquisa em seus gabinetes, teriam descoberto que havia incontáveis RE's sobre a mesma controvérsia do RE 591.068, porém relativos a acórdãos posteriores à SV1. Isso faz com que o desrespeito ao Supremo, neste caso, fosse ainda muito mais grave do que aquele constatado nos RE's 582.650 e 580.108, pois, reiteradamente, acórdãos de todos os TRF's vinham se recusando a aplicar uma súmula com efeitos vinculantes.

Apesar disso, optou-se por devolver a demanda ao tribunal de origem. O STF deveria ter se perguntado: um tribunal que não se sentira coagido nem mesmo por uma súmula com efeitos vinculantes se sentiria na obrigação de refazer seu acórdão com base num RE que o próprio Supremo não admitiu?

No julgamento do RE 591.068, o relator foi enfático ao constatar a repercussão geral:

Além de haver jurisprudência dominante, não há dúvida, inclusive porque se trata de matéria objeto de súmula vinculante, que a questão constitucional tem relevância social, jurídica e econômica, envolvendo interesses de milhares de titulares de contas vinculadas e do próprio Fundo de Garantia. (fls. 1721-1722).

No mérito, admitiu expressamente que o acórdão recorrido confrontava a jurisprudência unânime do Supremo:

A decisão recorrida limita-se a registrar que a transação se deu fora dos autos, sem utilização de escritura

pública e sem a presença de advogado, **deixando de avaliar se este procedimento resultou objetivamente em prejuízo não consentido ou ignorado pelo titular da conta vinculada.**

[...]

TRATA-SE, POIS, **DE MATÉRIA JÁ EXAUSTIVAMENTE DECIDIDA NESTA CORTE, NA LINHA CONTRÁRIA À QUE FOI ADOTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO.** (fls. 1720-1721, destaques nossos).

Apesar disso, o relator sustentou que “a lei não estabeleceu, entretanto, o procedimento a ser adotado nesta Corte e nos Tribunais e Turmas Recursais de origem, quando esta situação se verificar” (fl. 1722).

A afirmação só é compreensível se entendermos que o que se quis dizer foi que a lei não previu a possibilidade de se dar os efeitos da repercussão geral a um recurso interposto antes da regulamentação desse instituto. Esse foi justamente o fundamento para divergência proferido pelo ministro Marco Aurélio.

A irretroatividade da lei processual é ponto fundamental do Estado de Direito. Todavia, desde que o STF não rejeitasse o recurso sob o pretexto de não atender requisito processual criado posteriormente à sua interposição, seria possível sustentar ausência de prejuízo às partes. Acredito ser possível sustentar a possibilidade de aplicação da repercussão geral desde que a partir da fase processual em que o recurso se encontrava e desde que não houvesse prejuízo às partes.

Sem dúvida seria uma grave violação de direito se o STF exigisse que nas petições de recursos interpostos antes da existência do art. 543-A do CPC houvesse demonstração da repercussão geral como requisito de admissibilidade. Porém, em princípio, não violaria qualquer garantia fundamental se o STF, sem exigir a presença desse requisito na petição, constatasse, ele próprio, a partir de outros elementos existentes nos próprios autos, a existência da repercussão geral e, com base nesse juízo, conferisse ao recurso os efeitos do art. 543-A, ainda que interposto antes da vigência desse artigo.

Ou, melhor explicando, o art. 543-A não poderia jamais ser utilizado para negar seguimento a recurso. Porém, não haveria qualquer prejuízo a nenhuma das partes se, conhecido o mérito do recurso, o Supremo, em respeito ao princípio da efetividade, conferisse ao julgamento de mérito os efeitos do art. 543-A, pois estaria a realizar ato processual compatível com a fase do processo. Certamente seria absurdo exigir que o recurso atendesse a requisitos de admissibilidade que não existiam ao tempo em que o recurso foi protocolado. Mas não me parece absurdo apli-

car ao recurso os efeitos vinculantes da repercussão geral, pois estar-se-ia aplicando a lei processual exclusivamente a partir da fase em que o processo se encontrava, isto é, permitindo-se ao STF que proferisse julgamento de mérito, tal qual o faria antes da mudança do CPC, mas apenas dando ao acórdão efeitos vinculantes.

Sem dúvida que essa é uma tese que deve ser mais bem desenvolvida. É possível admitir alguma ressalva. Todavia, se o Supremo acreditava que o RE 591.068 possuía repercussão geral, a despeito de ter sido interposto antes da regulamentação desse instituto, o tribunal teria feito melhor favor à democracia e à lógica processual se tivesse enfrentado ele próprio o mérito do recurso, assumindo o ônus de aplicar os efeitos da repercussão geral a partir da fase em que o processo se encontrava, do que ter delegado seu papel ao devolver os autos à origem.

Estaria resolvida a questão e os tribunais de origem não teriam pretexto para recorrer à ponderação das “circunstâncias do caso concreto” para afastar a LC 110/01 e a jurisprudência do Supremo. Porém, o relator, com base no pressuposto falacioso de que a lei seria omissa, justificou a adoção de procedimento contrário à lei da seguinte forma:

O caso que trago à consideração deste Plenário, nesta questão de ordem, diz respeito aos procedimentos reacionados ao regime de julgamento dos recursos extraordinários, frente ao novo pressuposto de admissibilidade: a repercussão geral.

Refiro-me às matérias que não precisam ser levadas ao julgamento de mérito pelo Plenário ou pelas Turmas, por já haverem sido enfrentadas, formando jurisprudência dominante, nesta Corte. (fl. 1719).

Impunha-se, portanto, extrair do texto solução que valorizasse o regime jurídico, a efetividade, a objetividade e a finalidade do novo instituto, garantindo-se prestígio à jurisprudência aqui já consolidada. Vale dizer, tornando desnecessário levar a novo julgamento cada uma das questões constitucionais já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal. (fl. 1722).

Ademais, enquanto esta corte não afirmar de forma expressa que incidem os efeitos da repercussão geral nessas hipóteses, as presidências ou vice-presidências dos tribunais e turmas recursais não se considerarão autorizadas a devolver os autos para efeito de retratação pelos órgãos fracionários que hajam proferido decisões contrárias ao entendimento desta corte. E este tribunal permanecerá tratando os recursos individualmente, ao invés de permitir a adoção do julgamento objetivo inaugurado pela reforma constitucional, que criou o pressuposto. (fl. 1723).

Ao que parece, o STF se equivocou quanto às razões do RE 591.068. Não havia a suposta dificuldade, por parte das presidências e vice-presidências dos demais tribunais, de devolver os autos para retratação. Pelo contrário, foi a solução inventada pelo STF que criou essa dificuldade. O que existia era um TRF que se negara a seguir a jurisprudência do Supremo.

O desafio a ser enfrentado era o de tribunais regionais que insistiam em não acatar o entendimento do STF, sob o pretexto de que a ponderação das “circunstâncias do caso concreto” justificaria desconsiderar termos de adesão firmados conforme a lei.

Daí se conclui que as razões do STF não foram processuais, mas políticas. A invenção do STF só pode ser compreendida como desesperada tentativa de forçar o tribunal de origem a obedecer à jurisprudência do Supremo.

Não se tratava de hipótese sem definição legal específica, mas sim do objetivo de redução de estoques de processos frente à relutância do Judiciário em seguir normas impostas pelo próprio Judiciário. O objetivo subliminar à questão de ordem no RE 591.068 não foi suprir lacuna da lei; foi obrigar o tribunal de origem a refazer seu julgamento sem necessidade de trabalho por parte do STF.

Contudo, infelizmente (e previsivelmente), ao não cumprir o papel que lhe cabia, o STF apenas permitiu que todos os tribunais de origem passassem a fazer da súmula vinculante não mais que uma letra morta. É o que será mostrado adiante.

3.2 A ementa e o extrato da decisão

Na nossa prática judicial cotidiana, a análise de precedentes é feita, quase integralmente, apenas pela leitura de ementas. É muito fácil constatar que, em qualquer instância, desde decisões interlocutórias até os julgamentos de mérito, a fundamentação dos julgados em regra se resume à reprodução das ementas, não se atentando para peculiaridades existentes nos relatórios e nos votos.

O STF já decidiu que, para cabimento de embargos de divergência e embargos infringentes (art. 331 do Regimento Interno do STF), não se admite a comprovação da divergência apenas pela transcrição das ementas (RE 222.041-EDv, DJ de 31/5/2002). Também já decidiu que não cabem embargos de declaração para correção de ementa (Rp 1.056-ED, RTJ 115/542). Mesmo considerando

⁴ *O STJ admite embargos de declaração para correção de ementa (EDREsp. 214.088, publicado em 10/04/2000).*

a existência de precedentes posteriores contrários⁴, é possível afirmar que, em princípio, a ementa não tem conteúdo decisório.

Apesar disso, os repositórios oficiais de jurisprudência são organizados a partir das ementas dos acórdãos. E não por outra razão o art. 563 do CPC determina sua obrigatoriedade em todo acórdão publicado. Como os repositórios oficiais consideram apenas a ementa, isso significa que os próprios tribunais não realizam, em regra, a comparação de julgados a partir do inteiro teor dos votos. Do mesmo modo, as ferramentas de pesquisa eletrônica de jurisprudência dos tribunais – inclusive do STF – não fazem buscas no conteúdo dos votos, mas apenas nos ementários nas outras informações indexadas, como legislação citada e extratos das decisões.

Por isso creio que a aplicação descontextualizada de ementas não é fruto de mera displicência. Não é um equívoco grosseiro cometido por advogados que tentam torcer a jurisprudência a seu favor, nem por juízes despreparados ou apressados pela urgência de dar andamento a pilhas de processos. Embora caiba ao advogado e ao juiz estudar a integralidade do precedente antes de tomá-lo como fundamento para seu pedido ou para sua decisão, não se pode desconsiderar o fato de que nossa prática institucional de organização e catalogação de precedentes é feita a partir da produção, organização e compilação de ementas.

Nos ordenamentos jurídicos do *civil law*, como é o caso do Brasil, os mecanismos de estabilização de expectativas normativas da sociedade são focados nas normas de caráter geral e abstrato exaradas pelo Poder Legislativo. Nos últimos anos, porém, a utilização de precedentes jurisprudenciais para disciplinar conflitos jurídicos tem ganhado especial importância, tanto por meio de ações diretas de controle de constitucionalidade abstrato, quanto por via de controle incidental. Mas em termos históricos ainda é uma novidade. Por isso é natural que a organização dos sistemas de precedentes, no *civil law*, reproduza formatos típicos de atos legislativos, pois esse é o modelo que nos é familiar. Acredito ser essa uma das razões por que nosso primeiro grande sistema de organização de precedentes – as súmulas de jurisprudência dos tribunais – deu-se por meio da elaboração de enunciados gerais e abstratos, à semelhança de dispositivos de lei.

Desde que o STF, sob a inspiração do ministro Victor Nunes Leal, inaugurou nossa primeira grande ferramenta de sistematização de precedentes, buscou-se sintetizar os entendimentos do tribunal por meio da lógica típica do processo legislativo. A súmula do STF – e de qualquer tribunal brasileiro – é composta de enunciados cuja redação é definida ao final de um processo adminis-

trativo no qual um texto é proposto, justificado por seu autor, debatido e depois votado pelo plenário, tal como ocorre com um projeto de lei. Ao final desse processo, publica-se um enunciado conciso, geral e abstrato, tal qual um dispositivo de lei.

Esse modelo mental também impregnou a elaboração de ementas de acórdãos. Por exemplo, o ex-ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em artigo sobre a técnica de elaboração de ementas, toma como um de seus parâmetros, ainda que de passagem, as Leis Complementares 95/98 e 107/01, sobre a elaboração e redação de leis (AGUIAR JÚNIOR, 2008).

O texto de muitas ementas permite constatar a preferência pela redação de sentenças genéricas, frequentemente com elevado grau de abstração, não raro perdendo-se o contato com fundamentos de fato decisivos para o julgamento, o que compromete a comunicação do conteúdo decisório. Essa ênfase desconsidera que, num conflito entre interesses concretos, pode ser muito mais importante destacar o motivo da decisão, o fundamento fático, do que a mera declaração aos moldes de “é lícito/não é lícito” ou “é constitucional/não é constitucional”. Isso fica especialmente visível em ementas sobre embargos de declaração. As ementas quase invariavelmente se resumem a reproduzir, com outras palavras, o art. 535 do CPC, não permitindo ao leitor saber por que razão, naquele caso, o tribunal entendeu não estar configurado o defeito formal alegado. Repetir o texto da lei é redundante e inútil. A ementa só tem serventia se informar por que não houve, naquele caso, a alegada obscuridade, contradição ou omissão. Em vez disso, apresentam-se fórmulas gerais do tipo “não cabem embargos de declaração quando não configurada omissão”, como se pudesse haver dúvida quanto a esse princípio, em abstrato, que aliás já consta no CPC.

A título de comparação, tomemos como exemplo a aplicação de precedentes num ordenamento da tradição do *common law*. Nos EUA, os julgamentos de sua Suprema Corte também são resumidos em sinopses que recebem o nome de *syllabus*. Essa palavra também é usada em Portugal para se referir ao resumo dos julgamentos. Porém, no sistema do *common law* a sinopse dos julgados é construída de forma diferente das nossas ementas, pois a estabilização das expectativas normativas deriva, em maior medida, da própria jurisprudência. E como a jurisprudência não é composta por dispositivos gerais e abstratos, mas sim por julgados a respeito de conflitos de interesses concretos, a elaboração do *syllabus* na tradição americana leva em conta a necessidade de especificar as polêmicas jurídicas sobre as quais o tribunal se manifestou, a fim de se permitir identificar, com maior precisão, o alcance e os limites do precedente.

O *syllabus*, no direito americano, tem função similar às nossas ementas. Seu objetivo é resumir o julgamento. Tal como nossas ementas, não faz coisa julgada, nem tem conteúdo decisório. Contudo, diferente de nossas ementas, ele não é elaborado sob a forma de palavras-chave e não costuma conter declarações abstratas descontextualizadas dos fundamentos dos votos. Por exemplo, veja-se o *syllabus* do célebre caso *Grutter v. Bollinger* - 539 U.S. 306 (2003).⁵ Esse *syllabus* contém cinco páginas. E não se concentra na conclusão do julgamento, mas sim nos pressupostos de fato e de direito considerados pelo julgado. Ou seja, em vez de resumir a conclusão do acórdão, o *syllabus* tem a finalidade de informar o leitor sobre o contexto do julgamento e as pretensões em conflito. Isso permite identificar melhor as situações em que o precedente poderá ser aplicado, distinguindo-as daquelas que fujam ao contexto considerado pelo acórdão. Assim, para se conhecer o conteúdo da decisão, é necessário ler integralmente o voto vencedor (*opinion of Court*).⁶

Na realidade brasileira, pelo contrário, juízes de todos os tribunais – muitas vezes os mesmos que não admitem comprovação de divergência por transcrição de ementas – fundamentam seus julgamentos exclusivamente em ementas. E isso é amplamente admitido pelo STF, que também compartilha dessa prática. Não se trata, pois, de simples vícios de leitura e interpretação, mas sim de um elemento constitutivo do nosso sistema de precedentes, uma característica da metodologia de análise e organização institucional da jurisprudência brasileira.

Um dos fundamentos da nossa crítica é justamente que o procedimento criado pelo STF, e aplicado no RE 591.068, além de ser contrário ao previsto na lei, levou a erro os juízes das demais instâncias. Isso ocorreu não por simples preguiça dos magistrados em ler o inteiro teor do acórdão do RE 591.068, mas porque, apesar de constar no voto vencedor que o acórdão recorrido deveria ser reformado, isso não ficou claro nem na ementa nem, principalmente, na decisão final exarada.

Vejamos a ementa do acórdão do RE 591.068:

QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIAS NAS QUAIS HÁ JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO PLENÁRIO. APLICABILIDADE DO REGIME DOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. EXPURGOS IN-

⁵ *Inteiro teor disponível em:* <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.html>>.

⁶ *Para consultar os julgamentos da Suprema Corte Americana e visualizar a estrutura de apresentação dos acórdãos, ver:* <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/>>.

FLACIONÁRIOS. VALIDADE DO TERMO DE ADESÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 01.

1. Aplica-se o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo STF, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou jurisprudência dominante.

2. Necessidade de pronunciamento expresso desta Corte sobre as questões constitucionais dotadas de repercussão geral, para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicados os efeitos do novo regime, em especial, para fins de retratação de decisões e inadmissibilidade de recursos sobre o mesmo tema.

3. Possui repercussão geral a discussão sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001, para pagamento das diferenças relativas aos expurgos inflacionários sobre os saldos das contas vinculadas de FGTS.

4. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, colegiados e monocráticos, que consagraram o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 1, segundo o qual, ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001.

5. Questão de Ordem resolvida no sentido de se negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal.

A decisão foi exarada na ata nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), resolveu a questão de ordem no sentido de **reconhecer a repercussão geral da questão constitucional analisada, reafirmar a jurisprudência desta Corte quanto ao tema e denegar a distribuição do presente recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando a mesma matéria, devolvendo-se os autos à origem para adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil**, vencido parcialmente o Senhor Ministro Marco Aurélio que, neste ponto, distinguia os recursos anteriores dos posteriores à regulamentação do instituto, nos termos de seu voto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. (grifos nossos).

A ementa é nada explicativa. Seus itens 1 e 2 são um exercício de tautologia. Em suma, o que o item 1 dispõe é: aplica-se o regi-

me de repercussão geral quando o STF já decidiu que há repercussão geral. Afinal, se há súmula ou se há precedentes sucessivos, como se declara ali, é porque, logicamente, a matéria tem repercussão geral. Aliás, é uma transcrição – mais prolixa – do que já consta no § 3º do art. 543-A do CPC.

Da mesma forma, o que se depreende do item 2 é: se há repercussão geral, aplica-se o regime legal da repercussão geral. Ora, se a questão tem repercussão geral, é óbvio que o tribunal precisa se pronunciar sobre ela para que as instâncias de origem apliquem o novo regime legal. É, pois, outro item totalmente dispensável.

Por sua vez, os itens 3 e 4 da ementa não são frases tautológicas. Mas são redundantes em relação à SV1. Neles se declara que a validade e a eficácia do termo de adesão criado pela LC 110/01 – que já é tratado pela SV1 – têm repercussão geral. Vez que o tema é tão importante a ponto de ter gerado a primeira súmula vinculante da história, é evidente que tem repercussão geral. Qualquer advogado ou juiz que busque nesses itens uma orientação sobre o alcance ou sobre os limites da interpretação da SV1 nada encontrará, pois eles apenas repetem o que está na própria SV1. Ou seja, mais dois itens inúteis.

Em nenhum trecho há consideração sobre o fato de o RE ter sido interposto antes da existência do art. 543-A do CPC, nem sobre o fato de o acórdão, apesar de contrário à jurisprudência do STF já existente à época, ser anterior à SV1. Nenhuma consideração sobre o que houve de realmente específico nesse julgamento.

Por fim, o item 5 da ementa é o único que revela algo do conteúdo daquilo que foi debatido e decidido no julgamento do recurso. Entretanto, é incompleto e induz a erro os magistrados das instâncias de origem, pois nele não consta a determinação de que o tribunal de origem deveria retratar-se de seu julgamento, a despeito da não admissão do recurso.

Consta ali que o STF decidiu “negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal”.

Porém, o que o “novo regime legal” determina é que os tribunais de origem somente devem exercer juízo de retratação se o recurso extraordinário com repercussão geral tiver sido conhecido.

Por sua vez, o extrato da decisão também não informa o que foi de fato decidido no plenário; pelo contrário: o extrato da decisão é ainda mais expresso ao determinar a devolução dos “autos à origem para adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil”. Mas o que esse artigo determina é que o tribunal de origem só deve realizar juízo de retratação

quando o RE for conhecido. Dessa maneira, a decisão dá a entender que o tribunal de origem deve manter a decisão recorrida, embora, de fato, o voto vencedor tenha determinado exatamente o contrário, ao reconhecer que o acórdão recorrido é contrário ao entendimento do STF e caberia ao tribunal de origem reformá-lo.

De acordo com o “novo regime legal”, as instâncias de origem somente estão obrigadas a realizar novo julgamento – a retração – na hipótese de o recurso ter tido seu mérito devidamente apreciado (art. 547-B, § 3º, do CPC):

Art. 547-B

§ 3º **Julgado o mérito do recurso extraordinário**, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (grifos nossos)

Essa é a razão pela qual o julgamento do RE 591.068 conduz as instâncias de origem a erro. Apesar de o plenário ter negado distribuição ao recurso, o conteúdo do voto determina que o acórdão recorrido deveria ser reformado pelo tribunal *a quo*. Mas como formalmente o mérito do recurso não foi conhecido, a aplicação do art. 547-B, § 3º, do CPC não autoriza o procedimento inventado pelo STF. Diante da devolução dos autos sem admissão do recurso, o tribunal *a quo* está legalmente autorizado a certificar o trânsito em julgado do acórdão recorrido e o conseqüente retorno dos autos à primeira instância, mantendo o acórdão contrário à súmula vinculante. E foi o que o TRF fez.

Um dos princípios processuais mais elementares é que uma decisão só pode ser alterada se for reformada pela instância superior. Mesmo no processamento de apelações em que o tribunal não conhece seu mérito e determina o retorno dos autos à origem para, por exemplo, complementação de provas que haviam sido indeferidas na fase de instrução, o primeiro julgamento é substituído pelo acórdão, ficando o juiz de primeira instância obrigado a proferir nova sentença. O regime da repercussão geral não é exceção àquele princípio. Sua única especificidade é que o acórdão da instância superior, além de reformar a decisão anterior proferida na mesma ação, também se presta a reformar decisões proferidas em outras demandas, cujo processamento esteja sobrestado. Contudo, inexoravelmente, é necessário haver julgamento de mérito do recurso.

Em conclusão, se, com base no RE 591.068, o tribunal de apelação deixa de exercer o juízo de retratação sob o fundamento de que o recurso extraordinário a respeito da matéria sequer foi admitido, a culpa de seu equívoco não pode ser atribuída à mera

displícência, mas à própria solução inventada pelo STF. Não conhecido o RE afetado à repercussão geral, não se pode culpar os tribunais *a quo* por não exercerem juízo de retração.

Apesar de, formalmente, o recurso não ter sido sequer distribuído, ele foi apreciado de fato e, objetivamente, o STF entrou no mérito da matéria. Decidiu expressamente que se tratava de caso em que a LC 110/01 não poderia ter sido afastada, como fez o tribunal *a quo*.

Porém, mesmo admitindo expressamente que o acórdão recorrido violava a SV1, o STF optou por não admitir o recurso, deixando ao tribunal de origem a obrigação de refazer o julgamento, sem que existisse qualquer norma legal que o obrigasse a fazê-lo. Na prática, o acórdão recorrido foi mantido pelo STF. Legalmente, isso permitiu a todos os TRF's manterem seus acórdãos contrários à súmula vinculante nº 1.

O STF parece ter acreditado que, por meio do procedimento inventado, ficaria desobrigado de julgar o recurso e obrigaria o tribunal a exercer sua retração. Porém, nenhum dos objetivos foi alcançado. Na prática, o STF julgou em plenário o recurso e analisou tanto a existência de repercussão geral como a situação daquele processo. Ou seja, não houve diminuição do trabalho no caso concreto. E também não haverá redução de trabalho nos casos semelhantes, pois a denegação do processamento permitiu aos tribunais de origem entenderem que os recursos sobrestados foram prejudicados (art. 543-C, § 3º), forçando a Caixa Econômica Federal a ajuizar novos recursos contra essas decisões. Recursos que, inevitavelmente, irão acabar chegando ao STF.

Em vez de extrair do texto solução que valorizasse a efetividade e finalidade do instituto, para usar as palavras do relator, o STF acabou apenas por postergar a questão em alguns casos e, em outros, por permitir o descumprimento da SV1, isto é, negou a efetividade a sua própria jurisprudência.

3.3 A pertinente advertência do voto divergente

O ministro Marco Aurélio Mello proferiu o único voto divergente, fazendo juntar ao acórdão o trecho de seu voto proferido no julgamento do RE 582.650-3/BA quando o procedimento de se admitir a repercussão geral sem admissão do recurso foi inventado. O foco de seu argumento foi a aplicação retroativa da lei processual aos recursos interpostos antes da vigência do art. 543-A do CPC. O ministro enfatizou que o procedimento inventado conflita com decisões anteriores nas quais o STF consolidara entendimento de que a repercussão geral somente seria aplicável aos recursos extra-

ordinários interpostos depois da sua regulamentação pelo CPC. Ressaltou, sobretudo, que essa conclusão fora consagrada até mesmo quando da reforma do Regimento Interno do STF e, portanto, a repentina invenção do STF traria insegurança jurídica para o sistema.

Mas também ressaltou a impossibilidade fática de se conhecer a repercussão geral sem conhecer o próprio recurso, por “entender não caber: primeiro, trazer o processo em questão de ordem, sem entrar em pauta, para decidir-se algo que poderá fulminar o recurso da parte; segundo, trazer o processo em questão de ordem sem que tenha sido distribuído” (fl. 1727).

Suas observações são muito pertinentes à crítica aqui elaborada:

O pragmatismo pode e deve ser observado, mas sem atropelo à legislação instrumental. [...] Sem surpreender as partes envolvidas no processo. [...] Aprendi desde cedo, ainda nos bancos da Nacional de Direito, que cada processo é um processo, e que a bateção de carimbo, em termos de pronunciamento judicial, não cabe. (fl. 1727).

3.4 Os precedentes que instruíram a súmula vinculante nº 1

A SV1 foi criada por meio do processo administrativo 327.879/2007, tendo sido aprovada pelo plenário do STF em 30/5/2007 e publicada em 6/6/2007.⁷

Conforme consta no processo administrativo, a SV1 foi baseada nos seguintes precedentes: RE 418.918, DJ de 1/7/2005; RE 427.801 AgR-ED, DJ de 2/12/2005; e RE 431.363 AgR, DJ de 16/12/2005. Todos esses três precedentes versam sobre a inconstitucionalidade do Enunciado 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que estabelecia:

O trabalhador faz jus ao crédito integral sem parcelamento, e ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, **ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar 110/2001**, deduzidas as parcelas porventura já recebidas. (grifos nossos).

Não nos surpreende que a primeira súmula vinculante tenha sido editada para anular uma súmula de outro tribunal. Mais uma

⁷ O debate de aprovação, em que se informam as justificativas da proposta, está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf>.

vez, demonstra-se nossa prática de organização de precedentes a partir de enunciados gerais e abstratos, que fogem a considerações acerca do caso concreto.

Nos relatórios e votos desses três precedentes fica claro que a discussão resume-se essencialmente à legalidade e constitucionalidade do termo de adesão criado pela LC 110/01.

No acórdão recorrido no RE 418.918, consta como fundamento:

A intenção do trabalhador ao manifestar a vontade através da celebração da transação não correspondia às reais conseqüências advindas do ato. Na verdade, provavelmente a renúncia a direitos ocorrida com a assinatura do mencionado acordo tinha como único objetivo evitar longa espera pela solução judicial, pela via ordinária.

[...]

Tendo em vista que os estabelecimentos bancários, na qualidade de prestadores de serviços, vinculam-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, é de concluir-se que as cláusulas expressas no Termo de Adesão, em prejuízo do trabalhador, são nulas, uma vez que traduzem renúncia a direitos sem que haja compensação que valide a onerosidade suportada.

O plenário do STF acompanhou o entendimento do relator, que entendeu que não haveria a alegada nulidade, pois não seriam aplicáveis ao caso as garantias do CDC, sob o fundamento de que inúmeros precedentes do STF já haviam

assentado o entendimento de que o FGTS não tem natureza contratual, mas estatutária [...]. Assim, decorre de lei, e pela lei é disciplinado, não havendo falar-se em relação de consumo a ser regulada, mesmo que sob o enfoque da garantia inscrita no art. 5º, XXXII, ou dos princípios regeadores da atividade econômica (art. 170, IV, da Constituição). (fl. 1122).

Concluiu o relator que o afastamento geral dos acordos firmados com base na LC 110/01 equivaleria “a uma declaração de inconstitucionalidade, a teor do que consagram diversos precedentes deste tribunal” (fl. 1124).

Nos debates transcritos do RE 418.918, assim como nos outros dois precedentes que instruíram a aprovação da SV1, lê-se que os ministros esforçaram-se para identificar se teria havido alguma circunstância concreta que poderia levar, naqueles casos, à invalidação dos termos de adesão. Porém, nada disso havia nos autos, nem constava como fundamento das decisões recorridas. Portanto, o fundamento dos acórdãos recorridos era pura e simplesmente a

nulidade dos termos de adesão em razão da inconstitucionalidade dos dispositivos da LC 110/01 que os criaram.

Essa foi a origem da redação da SV1. Sua redação reflete os processos que fundamentaram sua elaboração. Neles se discutia a invalidade geral dos arts. 4º, 5º e 6º da LC 110/01. Os precedentes que instruíram a criação da SV1 não tratavam da rejeição a um termo de adesão específico, por ausência de certa formalidade, a exemplo do que ocorria no RE 591.068. Os precedentes que instruíram a criação da SV1 julgavam uma súmula dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que, genericamente, invalidava qualquer ato feito com base naqueles artigos da LC 110/01.

Foi isso que não percebeu o relator do RE 591.068. O fundamento do acórdão recorrido no RE 561.068 não foi a inconstitucionalidade abstrata do termo de adesão, como era o caso dos RE's contra a súmula do JEF/RJ. A controvérsia nele era sobre formalidades acessórias das quais, supostamente, o termo de adesão deveria se revestir para ser aceito em juízo, como fundamento para extinção de ações judiciais.

A SV1 foi elaborada com base em precedentes em que havia declaração incidental de inconstitucionalidade de dispositivos da LC 110/01. No RE 591.068, por sua vez, não houve no acórdão recorrido declaração incidental de inconstitucionalidade. Declarou-se a invalidade do termo de adesão com base naquilo que o TRF entendia serem vícios de forma. O TRF não afastou a constitucionalidade da LC 110/01; apenas declarou a aplicação subsidiária do Código Civil.

Bastaria ao STF declarar que aquelas circunstâncias apontadas no acórdão recorrido não eram suficientes para afastar a LC 110/01 e que o Código Civil não seria aplicável nessas ações. Em vez disso, o STF inventou um procedimento que acabou, inadvertidamente, mantendo todos os acórdãos contrários à súmula vinculante nº 1.

Conclusão: o destino do RE 591.068

O RE 591.068 teve origem no processo 2002.70.02.003429-4, ajuizado na vara federal de Foz do Iguaçu/PR, cuja apelação fora julgada pelo TRF da 4ª Região.

Ao retornarem os autos ao TRF de origem, a presidência, como seria previsível, apenas certificou o trânsito em julgado sob o fundamento de que o RE vinculante não fora admitido. Os autos não foram remetidos à turma julgadora para retratação, como esperava o STF. Foram enviados à primeira instância, para execução do julgado contrário à SV1.

Na primeira instância, os advogados da Caixa insistiram a respeito do conteúdo da questão de ordem do RE e o juiz remeteu os

autos novamente ao TRF, para que cumprisse a determinação do STF, “por entender que deva haver pronunciamento desta Corte acerca da manutenção ou retratação do acórdão proferido em sede de apelação”.

Todavia, o presidente do TRF, após constatar “que os presentes autos são aqueles selecionados como paradigma pelo Supremo Tribunal Federal para pronunciamento sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001”, sustentou que o recurso não teria sido admitido e, com base nisso, julgou “incabível a providência indicada pelo Juízo de origem”.

Assim, aconteceu exatamente o oposto do que o STF esperava. Não houve nem retratação, nem, tampouco, respeito à reiterada jurisprudência dominante do STF. A súmula vinculante nada vinculou.

E os milhares de acórdãos que haviam rejeitado a aplicação da SV1, e estavam sobrestados aguardando o julgamento do RE 591.068, também tiveram o mesmo destino. Ninguém respeitou o STF.

Pelo menos, esse caso talvez sirva de exemplo para que se compreenda que, tal como nenhuma lei se aplica por si mesma, o mesmo vale para qualquer acórdão do STF, ainda quando dotado de repercussão geral. E também vale para qualquer súmula, ainda que vinculante. O desejável objetivo da uniformização da jurisprudência constitucional não será alcançado por fórmulas de gabinete, como esse caso demonstra bem.

Havia aqui uma lei declarada constitucional reiteradamente pelo STF. Havia uma súmula vinculante (significativamente, a de número 1). E, se não bastasse, houve ainda um RE com repercussão geral, como última tentativa de dar força vinculante à jurisprudência do STF. Mas tudo isso não foi suficiente para que os juízes obedecessem ao Supremo e se sentissem vinculados pela súmula vinculante.

Talvez seja o momento de, esgotadas as invenções da lei e da jurisprudência, começarmos a discutir seriamente a responsabilidade pessoal dos magistrados pelo conhecido fenômeno das *leis que não pegam*, bem como refletirmos sobre a necessidade de mudança na postura dos juízes diante de leis e precedentes que eles próprios deveriam cumprir. Não será possível superar a ideia de que o Brasil é um país de *leis que não pegam*, enquanto juízes reiteradamente não cumprirem nem a lei, nem as decisões exaradas pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse exato momento, a Caixa Econômica Federal ainda insiste com inúmeros recursos e outras medidas judiciais na tentativa de que algum deles chegue novamente ao STF e, desta vez, o tribunal leve a sério sua própria jurisprudência.

Referência

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Ementas e sua técnica. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Não paginado. Disponível em: <http://www.revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html>. Acesso em: 24 mar. 2014.*