

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ANDREOTTE NORBIM LANES

**A SÚMULA VINCULANTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE**

VITÓRIA

2008

ANDREOTTE NORBIM LANES

**A SÚMULA VINCULANTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE
COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Dra. Carolina Bonadiman Esteves

VITÓRIA

2008

ANDREOTTE NORBIM LANES

A SÚMULA VINCULANTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Vitória, 29 de fevereiro de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Carolina Bonadiman Esteves
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória
Avaliador

Prof. Dra. Susana Henrique da Costa
Avaliadora

AGRADECIMENTOS

À minha esposa, Márcia Costa Felix Norbim e a minha filha, Amanda Felix Norbim, por serem meu alicerce, o meu ponto de apoio e o destino diário de minha vida. Com vocês, qualquer projeto se torna possível.

Aos meus pais, Gerson e Marli, com os quais aprendi, pelo exemplo, a ser o que sou como ser humano, com todas as qualidades e defeitos que tenho.

À minha orientadora, Carolina Bonadiman Esteves, que com sua dedicação ao ensino e postura comprometida com a temática me ajudou a perceber os novos rumos dos direitos fundamentais.

Aos membros da banca que prontamente aceitaram o convite para participar de minha qualificação e defesa, enriquecendo meu trabalho e contribuindo imensamente com o meu crescimento.

Aos meus colegas de turma e de núcleo temático que sempre manifestaram espírito de colaboração nos momentos mais difíceis desta caminhada.

“Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre, porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”.

Mauro Cappelletti

RESUMO

O problema que se propõe no presente trabalho é a verificação da compatibilidade da súmula vinculante com o princípio constitucional da legalidade, que reza que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, “II”, da Constituição Federal do Brasil). Assim, tendo em vista que o sistema jurídico adotado pelo direito brasileiro (*civil law*) não concede força vinculante a nenhum outro instrumento senão à *lei* e o fato da súmula vinculante ser editada por órgão desprovido de função típica legislativa, neste trabalho utilizou-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual se iniciou com um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses e por um processo de inferência dedutiva, o qual testa a hipótese. Para tanto, foi necessária também a utilização do método de procedimento comparativo (averiguando as semelhanças e diferenças entre diferentes instrumentos legais) e do monográfico (onde foram analisados determinados mecanismos jurídicos sob várias vertentes). As fontes de consulta utilizadas foram a bibliográfica, a documental e a internet, por meio de leitura de livros, artigos e legislação vigente. O resultado alcançado demonstra que as súmulas vinculantes, embora tenham como pano de fundo a isonomia jurisdicional, celeridade processual e segurança jurídica, são incompatíveis com todo sistema jurídico pátrio, bem como o princípio constitucional de submissão estrita a “lei”, haja vista ser esta a única fonte primária aceita na *civil law*.

Palavras-chave: Súmula vinculante, Compatibilidade, Princípio da legalidade.

ABSTRACT

This study aims at verifying the compatibility between binding abridgement and the constitutional principle of legality, which claims that “no one shall be required to do or not to do something, unless it is by virtue of the law” (article 5, II, of the Brazilian Federal Constitution). Since the juridical system adopted by the Brazilian civil law does not allow binding force to any other instrument but the law, and the fact that the binding abridgement is edited by a body deprived of typically legislative function, we adopted a hypothetical-deductive approach in this study. It started with a scientific knowledge problem, passing through hypotheses formulation and through a deductive inference process, which tests the hypothesis. Thus, it was necessary the use of the comparative procedure method (investigating the similarities and differences between different legal instruments) and the monographic method (where certain juridical mechanisms were analyzed from various angles). The references used were bibliographical and documental and the Internet, through books, articles and the legislation in force. The result shows that even though binding abridgements have jurisdictional isonomy, process celerity and juridical security as background, they are incompatible with all the national juridical system, as well as with the strictly law-abiding constitutional principle, since it is the only acceptable in civil law.

Key Words: Binding abridgement, Compatibility, Principle of legality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade
Art. – Artigo
CC – Código Civil
CF/88 – Constituição Federal do Brasil
CPC – Código de Processo Civil
DNU – Declaração das Nações Unidas
EC – Emenda Constitucional
FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
LICC – Lei de Introdução ao Código Civil
LSV – Lei da Súmula Vinculante
PL – Projeto de Lei
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
v.g. – *verbi gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE	13
1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO	13
1.2 CONCEITO E OBJETO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	19
1.3 DIFERENÇAS ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A RESERVA LEGAL	21
1.4 LEI COMO FONTE DO DIREITO	24
1.4.1 Leis formais e materiais	26
1.4.2 O Alcance da expressão constitucional “em virtude de Lei”	27
1.5 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO DA LEGALIDADE	28
1.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	31
1.5.2 Princípio do estado democrático de direito	33
1.5.3 Princípio da tripartição dos poderes	35
1.5.4 Princípio da legitimidade	38
2 SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO	40
2.1 CONCEITO E OBJETO	40
2.2 DIFERENÇAS ENTRE AS SÚMULAS VINCULANTE E IMPEDITIVA DE RECURSO	44
2.3 SÚMULA COMO FONTE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	47
2.3.1 Aplicabilidade da súmula no sistema da <i>common law</i>	51
2.3.2 Aplicabilidade da súmula no sistema da <i>civil law</i>	54
2.3.3 A experiência brasileira com os precedentes vinculantes	55
2.4 PREVISÃO LEGAL DAS SÚMULAS VINCULANTES	58
2.4.1 Emenda constitucional nº 45/2004	58
2.4.2 Lei nº 11.417/2006	60
2.5 ASPECTOS FAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE ...	62

2.6 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE	67
3 A SÚMULA VINCULANTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE	79
3.1 REFORMA CONSTITUCIONAL DISSIMULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ATRAVÉS DAS SÚMULAS VINCULANTES	83
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

Tendo como ponto de partida o perene problema enfrentado pelo jurisdicionado brasileiro, especificamente o caso do acesso à justiça, brota-se o sonho de um poder judiciário eficiente, no sentido de conseguir prestar a tutela jurisdicional com o mínimo de erros, espaço de tempo e custo.

Assim, como resposta a este problema de ineficiência da prestação jurisdicional concedida pelo Estado, foi elaborada em 08 de dezembro de 2004 a Emenda Constitucional nº 45 que, dentre algumas reformulações do Direito material e processual, trouxe o instrumento pretoriano súmula vinculante.

Criada com o louvável fundamento de imprimir maior celeridade e evitar o acúmulo, no Supremo Tribunal Federal, de demandas repetitivas, procrastinatórias e sobre as quais a maciça jurisprudência exauriu todas as possibilidades, a súmula vinculante surge no cenário jurídico como a provável solução destes problemas.

Todavia, pesa sobre este instituto o fato de ter sido criado com a finalidade de maior segurança jurídica no sentido de leis inflexíveis e um poder judiciário uniforme quando da interpretação da norma posta. Já os simpatizantes das súmulas vinculantes vêem nela a solução, a curto prazo, para o problema estrutural do poder judiciário quanto à carência quantitativa de serventuários *versus* a quantidade de processos existentes.

Desta feita, não é sem motivo que parte considerável da comunidade jurídica se inquiete com a criação e utilização das súmulas vinculantes, pois é fato que a reforma, tratada na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, teve como pano de fundo a resolução dos problemas supra mencionados. Aliás, isso fica evidente no discurso de posse da eminente ministra e presidente do Supremo Tribunal Federal, Exma. Dra. Ellen Gracie, em que se posiciona amplamente favorável ao presente instituto.

a súmula vinculante e a repercussão geral poderão eliminar a quase totalidade da demanda em causas tributárias e previdenciárias. Para o estímulo ao investimento e ao empreendedorismo, é preciso que cada empresa saiba quanto lhe será exigido de imposto, sem as intermináveis discussões que hoje se arrastam, a respeito das alíquotas aplicáveis e da extensão da base de cálculo. [...] Em curto prazo, portanto, teremos a solução da maior parte dessas demandas de massa. E, aliviado da carga excessiva que representam os processos repetitivos, o poder judiciário poderá dar trâmite mais célere às causas individuais que exigem tratamento artesanal¹.

Deste modo, foi analisado se com a vinculação proposta por meio das súmulas vinculantes há conflito direto com o princípio constitucional da legalidade, que vem consagrada no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

Para tanto, esta pesquisa utiliza-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual se iniciou com um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses e por um processo de inferência dedutiva.

Necessária também foi a utilização do método de procedimento comparativo (averiguando as semelhanças e diferenças entre diferentes instrumentos legais) e o monográfico (onde foram analisados determinados mecanismos jurídicos sob várias vertentes). As fontes de consulta utilizadas foram a bibliográfica, a documental e a internet, por meio de leitura de livros, artigos e legislação vigente.

Foi percebido, durante a pesquisa, que as súmulas vinculantes podem, de forma dissimulada, conduzir uma reforma constitucional no Direito pátrio (“interpretação da interpretação da lei genérica”), sendo, portanto, necessário o exame das três primeiras súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 2007, para verificação desta hipótese.

¹ GRACIE, Ellen. **Discurso de posse da presidência do STF**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros>. Acesso em: 25 jun. 2007.

Assim, em síntese, busca-se, neste trabalho, verificar a (in)compatibilidade da súmula vinculante com o princípio constitucional da legalidade, e, por conseguinte com o sistema jurídico pátrio (*civil law*), que estabelecem a lei como única fonte primária.

1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

1.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Entende-se que, para uma melhor compreensão do conceito e objeto jurídico do princípio constitucional da legalidade, necessário se faz, de antemão, examinar a definição dada pela doutrina pátria sobre princípio, bem como sua utilidade pragmática em nosso ordenamento jurídico.

Juridicamente pode-se dizer que é o enunciado lógico extraído da ordenação sistemática e coerente de diferentes disposições normativas, postando-se como uma norma de legitimidade universal, cuja abrangência é maior que a generalidade de uma norma particularmente adotada.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio como:

o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica, e lhe dá sentido harmônico².

Já Ruy Samuel Espíndola define princípios como sendo:

normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica. [...] designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545-546.

todas as demais idéias, pensamento ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam³.

Os princípios indicam a idéia de começo, de um ponto de partida, alicerce dogmático, ou seja, as vigas mestres do ordenamento jurídico, por meio das quais se confere uma unidade ao sistema.

Luis Diez-Picazo, citado por Paulo Bonavides, entende que:

a idéia de princípio na linguagem da geometria, designa as verdades iniciais [...] exatamente por isso são princípios, ou seja, porque estão ao princípio, sendo as premissas de todo um sistema que se desenvolve⁴.

Para Cármem Lúcia Antunes Rocha, “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”⁵. Já Celso Ribeiro Bastos, ao reconhecer a Constituição como um sistema de princípios e normas, define aquele como “as que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica”⁶.

Ocorre que os princípios, dentro de um ordenamento jurídico, possuem, em regra, três finalidades básicas, ou seja: (I) embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte, expressando os valores que inspiraram a organização de um dado Estado; (II) ser o fio condutor dos múltiplos segmentos do texto constitucional, dando a este uma unidade normativa; (III) dirigem-se aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), condicionando os limites legais de atuação de cada um destes.

³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

⁴ DIEZ-PICAZO, 1990, apud BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 288-229.

⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 137.

Assim, levando-se em conta o grau de abrangência e raio de atuação, a doutrina pátria tem dividido os princípios constitucionais em “princípios fundamentais”, “princípios gerais” e “princípios setoriais”.

Luis Roberto Barroso afirma que:

os “princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] neles se substancia a opção política entre o Estado unitário e federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático etc”⁷.

Como exemplo, destaca os seguintes princípios tidos como fundamentais: os princípios republicano, federativo e do estado democrático de direito (ambos no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), o princípio da separação de poderes (artigo 2º), e o princípio presidencialista (artigo 76).

Em suma, os princípios fundamentais são aqueles estabelecidos pelo legislador originário, por meio do qual se constitui a posição ideológica da Constituição, ou seja, identificam os aspectos essenciais à caracterização do Estado e, no caso da carta brasileira, servem ainda para definir o sistema democrático, a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo.

Neste contexto, cabe transcrever o conceito estabelecido por José Joaquim Gomes Canotilho, acerca dos princípios fundamentais, onde aduz que estes “nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o cerne da constituição e consubstanciam a sua identidade intrínseca”⁸.

Por sua vez, os “princípios gerais”, segundo Barroso, embora não façam parte do núcleo de decisão política formadora do Estado, são tão importantes quanto os fundamentais, ou seja, “irradiam por toda a ordem jurídica, como desdobramentos

⁷ BARROSO, Luis Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. **Revista trimestral de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1993. n. 1., p. 173.

dos princípios fundamentais, e se aproximam daqueles que identificamos como princípios definidores de direitos”⁹.

Exemplos destes princípios: da legalidade (artigo 5º, II), princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, I), do juiz natural (artigo 5º, XXXVII e LIII), do devido processo legal (artigo 5º, LIV), da irretroatividade das leis (artigo 5º, XXXVI), do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), etc.

E os “princípios constitucionais setoriais” seriam “aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição”¹⁰. A exemplo, os princípios da Administração Pública (da impessoalidade – artigo 37, II; publicidade – artigo 37, *caput*; da moralidade – artigo 37, *caput*; da prestação de contas – artigo 70, § único).

A doutrina aponta também uma distinção entre “normas-regras” e “normas-princípios”. Nesse contexto, Ives Gandra da Silva Martins, traz a seguinte definição:

há de se considerar que as normas constitucionais não exercem a mesma função, nem têm a mesma finalidade dentro do texto constitucional, podendo ser divididas em normas/regras e normas/princípios de acordo com o papel que exerçam dentro do ordenamento jurídico¹¹.

No entanto, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins advertem para o fato de que as “normas-princípios são desde logo plenamente aplicáveis e delas não se pode dizer que se espera um desenvolvimento por via legislativa concretizadora”¹².

Sobre a impossibilidade de se interpretar uma norma-regra de maneira a conflitar com uma norma-princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que:

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 52.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 174, nota 7.

¹⁰ Ibid., p. 174-175.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126.

violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer; a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos; é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade; [...] subversão de seus valores fundamentais insurgência contra todo o sistema [...]; contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra; isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se a toda a estrutura nelas esforçada¹³.

Pormenorizando o instituto supra, podem-se conceituar os princípios constitucionais como os enunciados lógicos que servem de vetores para soluções interpretativas das normas constitucionais. Aliás, quanto à significação dos princípios fundamentais, quem bem abaliza o tema é o professor Uadi Lammêgo Bulos.

o qualificado 'fundamentais' da idéia de algo necessário, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte; e faz sentido, pois tais princípios visam concretizar as metas e os escopos apregoados pela manifestação constituinte originária de 1988, dando-lhes o substrato e o conteúdo necessário para efetivarem-se¹⁴.

De igual modo, podem-se significar os "princípios fundamentais" como as diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe o modo e a forma de ser.

Humberto Ávila ensina que, para se entender o conteúdo dos princípios, pressupõe a distinção destes com as regras gerais (as leis), pelo simples fato de o primeiro indicar o fundamento a ser empregado pelo aplicador para encontrar a norma aplicável ao caso concreto.

normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento¹⁵.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 399.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 546, nota 2.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006. p. 40.

Vale lembrar, ademais, que uma Constituição não pode ser idealizada como lei estática, pelo contrário, deve esta ser um texto diligente, por ser da essência da própria vida em sociedade o estar em constante processo de desenvolvimento e mudança. Ela necessita conter, em seu texto, normas que contemplem diretrizes capazes de se adequar às novas necessidades sociais.

É necessário que a Constituição contenha princípios capazes de solucionar essas novas necessidades e valores humanos sem que, com isso, se altere a essência da Constituição, que deve permanecer imutável.

Em suma, os princípios constitucionais são as normas fundamentais que permeiam e informam todo o sistema jurídico. Nesse sentido Ives Gandra da Silva Martins preconiza que “pode-se dizer que eles vinculam o legislador e o aplicador do direito, uma vez que não se pode editar uma regra que contrarie um princípio nem conferir uma interpretação a regra que a coloque em choque com aquele”¹⁶.

É válido ressaltar ainda que os princípios, através de longo trabalho metodológico desenvolvida pela ciência jurídica – seja pela corrente jusnaturalismo, seja pelo positivismo jurídico e por fim pelo pós-positivismo – adquiriram *status* de normatividade, tanto no campo teórico quanto no campo normativo. Norberto Bobbio, aliás, ao expor sua “teoria do ordenamento jurídico”, aduz de forma clara seu posicionamento favorável a esta normatividade dada aos princípios.

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual

¹⁶ MARTINS, op. cit., p.127, nota 11.

são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora, servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas¹⁷.

Neste plano, segundo Paulo Bonavides, a juridicidade ou normatividade dada aos princípios teve no pensamento jurídico do jusnaturalista o “seu reconhecimento como fonte de um ideal de justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativo do direito¹⁸”, ao passo que no juspositivismo “os princípios entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais, sendo encarados como válvulas de segurança que garantem o reinado absoluto da lei¹⁹, e por fim, no pós-positivismo “os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do direito²⁰”.

Destarte, após todo esse desenvolvimento da especulação e abstração para o campo concreto e positivo do Direito, não há como negar que os princípios, agora estabelecidos nos textos constitucionais, servem de paradigmas para a compatibilidade de toda ordem jurídica.

Dessa forma, em síntese, aos princípios compete o complexo trabalho de dar coerência, sistematicidade e unidade ao texto constitucional, haja vista o seu objeto jurídico, fornecendo as diretrizes essenciais do texto legal, de maneira que se tornam indispensáveis para a sociedade, de modo que aquela possa acompanhar as mudanças e o desenvolvimento desta.

1.2 CONCEITO E OBJETO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos R. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 236.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 234.

¹⁹ *Ibid.*, p. 235.

²⁰ *Ibid.*, p. 237.

Significa este princípio que apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigações ao indivíduo.

Traduz-se, pois, o princípio da legalidade no primado do anseio comum de dada sociedade, consubstanciada na lei, editada pelos legítimos representantes do povo. Representa, historicamente, a conquista no combate à vontade individual do déspota ou do eventual detentor do poder. Através desta premissa constitucional, só se admite o Estado Democrático de Direitos por meio de leis ou segundo as leis.

Este princípio foi idealizado e materializado quando da promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, sendo, na época, apontado como um dos alicerces do Estado Democrático, tendo em seu artigo 5º, II, a vedação expressa de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Na verdade, este dogma constitucional tem por escopo combater o poder arbitrário do Estado, ou seja, apenas por meio das espécies normativas devidamente organizadas de acordo com as regras do processo legislativo, podem-se criar obrigações para o jurisdicionado, pois a lei é a singular expressão democrática da vontade popular.

Toda a atividade deste princípio fica condicionada à lei, entendida esta como expressão da vontade geral, que só se consolida num regime de separação de poderes, em que a norma positivada seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular.

Ressalte-se que o primado da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional, pois garante ao jurisdicionado a prerrogativa de repelir as imposições que lhe sejam postas por uma outra via que não seja a da lei.

Neste sentido, Norberto Bobbio, justificando as razões para que o parlamento detenha o monopólio da atividade legislativa.

trata-se da sede institucional dos debates políticos; configura-se em uma caixa de ressonância heterogênea para efeito de informação e mobilização da opinião pública; é o órgão que, em tese, devido a sua composição heterogênea e a seu processo de funcionamento, torna a lei não uma mera expressão dos sentimentos dominantes em determinado setor social, mas a vontade resultante da síntese de posições antagônicas e pluralistas da sociedade²¹.

O princípio da legalidade, portanto, é a consagração da lei como fonte suprema do Direito. Percebe-se, pois, que está o princípio que ora se estuda umbilicalmente atrelado à idéia de sistema jurídico do modelo de *civil law*.

A legalidade preconizada neste princípio exprime fundamentalmente a observância das leis, ou seja, o procedimento social, político e jurídico devem estar em consonância estrita com as leis estabelecidas. Em outras palavras, todo poder estatal deverá atuar sempre em consonância com as normas vigentes.

A origem política deste princípio tem sua gênese legal na Carta constitucional francesa de 1791, que "não há em França autoridade superior à da lei; o rei não reina senão em virtude dela e é unicamente em nome da lei que poderá ele exigir obediência - Art. 32, do Capítulo II da Constituição Francesa de 1791"²².

Em suma, o princípio da legalidade surgiu do anseio das sociedades humanas de estabelecer normas estáveis, que refletissem o anseio popular e que fossem capazes de frear a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder era absolutista ou tirano.

1.3 DIFERENÇAS ENTRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O DA RESERVA LEGAL

²¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986. p. 158.

²² DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35.

Conforme examinado anteriormente, o princípio da legalidade tem como pano de fundo ser o reflexo do anseio comum de dada sociedade, consubstanciada na lei, editada pelos legítimos representantes do povo (leia parlamentares) eleitos pelo voto direto. Segundo esse princípio, todos os comportamentos sociais estão sujeitos à prévia cominação legal e infralegal (v.g., decretos, medidas provisórias, leis delegadas, sendo que esta última, embora não seja editada pelo Poder Legislativo, depende de posterior sanção deste órgão, conforme os artigos 59 a 69 da CF/88).

Já o princípio da reserva legal, ou da “reserva de lei”, consiste no mandamento constitucional segundo o qual para determinada matéria específica haverá, obrigatoriamente, regulamentação por meio de leis alvitadas exclusivamente pelo poder legislativo, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei poderá definir”, etc.

Ressalte-se que do mesmo artigo 5º, inciso “II”, da Constituição Federal, decorrem estes dois princípios (o da legalidade e o da reserva legal). Ocorre, contudo, que a abrangência do primeiro princípio é mais ampla do que a do segundo, ou seja, aquele estabelece que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de decorrer, obrigatoriamente, de umas das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, ao passo que o princípio da reserva legal incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela própria Constituição, ou seja, enquanto todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns, previamente estabelecidos, ficam sujeitos ao princípio da reserva legal.

Há, no entanto, na doutrina pátria o entendimento de que do princípio da legalidade se extraem dois sentidos, sendo o primeiro, da exigência expressa e respeitosa à lei posta, ao passo que o segundo impõe que não se devem criar direitos nem deveres sem o devido amparo legal, pois, caso contrário, não haverá lei em sentido estrito.

Já o princípio da reserva legal ou a expressão “reserva de lei” assume sentido próprio, que não se confunde com o princípio da legalidade, conquanto este aponte como o seu horizonte mais próximo, ou seja, pela reserva legal estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas matérias por meio de lei.

O princípio da reserva legal é, sem dúvida, de menor abrangência do que o princípio da legalidade. Contudo, é o de maior densidade e conteúdo, visto exigir tratamento e matéria exclusivamente pelo poder legislativo, sem participação dos poderes executivo e judiciário. Sobre estes princípios, José Afonso da Silva, aponta a diferença entre estes.

o princípio da legalidade significa que a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador; já o da reserva legal consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal²³.

Outra diferença significativa entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) consiste no fato de o primeiro envolver-se primariamente com uma situação de hierarquia das fontes normativas, enquanto o segundo envolve-se com questão de competência.

Do ponto de vista do vínculo imposto ao legislador, o princípio da reserva de leis delimita, por meio da própria Constituição, a lei com regra máxima, excluindo, portanto, qualquer outra fonte não legislativa, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como “a lei regulará”, “a lei disporá”, “a lei complementar organizará”, “a lei criará”, “a lei poderá definir”, etc.

Contudo, será relativa à reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é em parte cabível a outra fonte diversa da norma – hipótese em que se prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, v.g., a competência do Poder Executivo, através de decretos, poder alterar alíquotas dos impostos de importação

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006. p. 422.

(II), de exportação (IE), sobre produtos industrializados (IPI) e operações de créditos (IOF) –, atendidos as condições e os limites estabelecidos em lei (artigo 153, §1º, d a CF/88). Isso ocorre quando a constituição emprega fórmulas como “nos termos da lei”, “nos limites da lei”, “segundo critérios da lei”, etc.

Enquanto o princípio da legalidade revela-se pela previsão geral, no sentido de que não se criam direitos e deveres sem lei, no caso do princípio da reserva legal há a expressa previsão, para determinadas matérias, da regulamentação por meio de lei formal.

A distinção, portanto, destes princípios (da reserva legal e o da legalidade), valem-se aqui do velho brocardo segundo o qual ao Poder Público só é lícito fazer aquilo que for previsto em lei, enquanto ao jurisdicionado é assegurado fazer tudo quanto não seja vedado por lei.

André Ramos Tavares aduz que:

realmente, o princípio da legalidade implica dizer que as fontes jurídicas inferiores à lei (em sentido formal) não estão aptas a inovar na ordem jurídica, e, assim, não podem impor deveres ou criar direitos não previstos em lei anterior²⁴.

Em síntese, a diferença fundamental entre estes dois princípios está em considerar que, enquanto o princípio da legalidade envolve a cominação legal e infralegal, o enunciado do princípio da reserva legal envolve uma questão de competências.

1.4 LEI COMO FONTE DO DIREITO

O termo “lei” ao qual se remete qualquer estudo do princípio da legalidade há de ser entendido como a expressão democraticamente popular, manifestada por meio de

²⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 581.

procedimentos pré-estabelecidos. Afastam-se, portanto, os atos propriamente administrativos, como decretos, portarias e instruções, dentre outros, que apenas podem dar cumprimento a mandamentos contidos em lei.

Miguel Reale centra o conceito de lei no caráter de inovação que deve esta apresentar, ou seja, ensina que, “em sua acepção genérica, lei é toda relação necessária, de ordem causal ou funcional, estabelecida entre dois ou mais fatos, segundo a natureza que lhes é própria”²⁵.

E mais:

lei no sentido técnico desta palavra, só existe quando a norma escrita é constitutiva de direito, ou esclarecendo melhor, quando ela introduz algo de novo com caráter obrigatório no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos obrigatórios no sistema jurídico em vigor, disciplinando comportamentos individuais ou atividades públicas²⁶.

Essa distinção da norma legal como fonte imediata (leia fonte primária) no sistema jurídico adotado pelo direito pátrio fica ainda mais evidente com a especificidade dada a “lei” pelo princípio fundamental da separação dos poderes do Estado, que estabelece como função privativa do poder legislativo a edição de normas sociais, ao passo que aos demais poderes (executivo e judiciário), cabem, respectivamente, a concretização das prerrogativas legais e, a proteção dos direitos do cidadão.

Sílvio Rodrigues, em clássica obra jurídica, leciona no sentido que de a lei posta na Constituição Federal deve, obrigatoriamente, ter sua gênese pela autoridade competente, *in casu*, no artigo 59; veja-se:

lei é uma regra geral que, emanando de autoridade competente, é imposta coativamente, à obediência de todos; trata-se, portanto, de um preceito, vindo de autoridade competente e dirigido indistintamente a todos, a quem obriga, por razão de sua força coercitiva²⁷.

“Lei”, portanto, refere-se tecnicamente às leis formais, vale dizer, ao ato normativo que emana do poder constituinte originário, bem como de órgão legislativo

²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 162.

²⁶ *Ibid.*, p. 163

²⁷ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, 2005. p. 53.

democraticamente instituído, tendo como modelos as leis ordinárias, complementares e, excepcionalmente, as medidas provisórias e as leis delegadas, quando houver legítima transferência de competência para o chefe do poder executivo.

Pode-se, desta forma, validamente extrair uma definição de lei como sendo, em sentido estrito, a expressão do direito, estabelecida por autoridade competente, surgida após a tramitação de todo processo previamente traçado pelo Direito, tendo como fim a prescrição de condutas estabelecidas como justas e desejadas, dotadas ainda das sanções jurídicas da coercibilidade e da imperatividade.

Ressalte-se ainda que, no mundo ocidental, os ordenamentos jurídicos dividem-se em dois grandes ramos: o direito de tradição romano-germânico (*civil law*) e o de tradição anglo-saxão (*common law*).

No sistema jurídico adotado pelo direito pátrio (*civil law* – “direito codificado”), utiliza-se prontamente da lei como fonte primordial de expressão da norma jurídica, ao passo que, no sistema jurídico do direito anglo-saxão (“modelo do precedente judicial”), as premissas maiores são para os costumes (*Bill of Rights*), as jurisprudências (*stare decisis, case law*) e, por fim, as leis editadas pelo parlamento (*status law*), formatando, portanto, sistema jurídico incompatível com o primeiro.

Assim, como observa Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na atual dogmática constitucional de nosso sistema pátrio (*civil law*), privilegia-se a constituição escrita, que tem, como premissa maior, as leis formais.

tem relevância especial, no que concerne às fontes, a noção de legislação; isto ocorre sobretudo no direito de origem romanística, como é o caso do direito europeu continental e dos países latino-americanos de modo geral. Legislação, *lato sensu*, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes²⁸.

²⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2005. p. 227.

Em resumo, a classificação dada pelo direito pátrio às leis, como fonte imediata (primária), deve-se essencialmente ao modelo jurídico adotado pelo direito pátrio (romano-germânico), que privilegia a codificação escrita das normas sociais, editadas pelos legitimados representantes do povo, seja por meio do poder constituinte originário seja por meio do decorrente.

1.4.1 Leis formais e materiais

O termo lei, conforme delimitado no tópico anterior, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na constituição (artigos 59 a 69).

A “lei” mencionada no artigo 5º, “II”, da constituição é, na verdade, empregada no sentido técnico-formal, ou seja, tanto em sentido formal quanto em sentido material é a norma geral e abstrata de comportamento, aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo.

É claro que existem outros atos normativos que, mesmo não integrando o processo legislativo, constituem aquilo que a doutrina denomina como atos equiparados às leis formais que, a rigor, não são leis formais. É o caso de medida provisória (artigo 62, da CF/88) e da lei delegada (artigo 68, da CF/88), modalidades específicas, mas que não se distanciam do pórtico da legalidade.

Essa possibilidade híbrida do poder público (executivo) editar normas em sentido material tem por escopo a concretização de mandamento legal, previamente estabelecido pelo legislador, v.g., os regimes internos e os decretos, preconizados no artigo 84, IV, da Constituição Federal de 1988.

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:
[...]

IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Embora a distinção entre lei formal e material tenha perdido boa parte de sua importância, na medida em que, nos sistemas que seguiram o modelo da *civil law*, não se concebe que sejam criados direitos e deveres senão por meio de lei formalmente aprovada, encontramos ainda boa parte da doutrina presa à idéia idealista de que as leis são estritamente genéricas e abstratas, sejam as formais, sejam as materiais.

Outrossim, vale diferenciar a “norma material” chancelada pelo poder executivo da súmula vinculante, editada pela cúpula do poder judiciário (STF), pois a primeira, como dito, tem por fim a efetivação e a execução de norma previamente estabelecida pelo poder legislativo, não criando, portanto, nenhum direito ou dever novo, ao passo que a segunda trata de verdadeira “reforma legislativa”, haja vista a sua carga inovadora e vinculante, equiparando-se às leis mencionadas no artigo 59, da CF/88. Ou seja, ao “pacificar” o direito posto por meio de súmula vinculante, impõe-se coercitivamente uma única interpretação do texto constitucional, revelando-se, desta forma, verdadeira reforma constitucional, pois o juiz singular, o operador do direito e o cidadão serão obrigados a reportar-se à força da “interpretação da interpretação” (súmula vinculante), e não à lei genérica.

1.4.2 O alcance da expressão constitucional “em virtude de lei”

O princípio constitucional da legalidade, como preconizado nos tópicos anteriores, é sem dúvida uma das premissas mais importantes do ordenamento jurídico pátrio, pois se trata de um dos sustentáculos do estado democrático de direito, consagrado como cláusula pétrea, no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, de modo a impedir que qualquer lide, conflito ou divergência seja resolvido pelo primado da força, para que o seja domínio da lei.

Ocorre que a proposta de democracia idealizada pelo princípio do estado democrático de direito, tem como desdobramento o princípio da legalidade, onde resta a expressão final “em virtude de lei”, que tem na lei formal o seu fundamento

de realização de uma sociedade justa, livre e solidária, em que todo o poder emana e deve ser exercido em proveito do povo, por meio de representantes eleitos.

De fato, o artigo 5º, II, da Constituição Federal, ao estabelecer a vinculação, a coercibilidade e a imperatividade sobre o jurisdicionado “em virtude de lei”, dá margem à controvérsia quanto ao significado desta expressão final. Sobre este contexto, José Afonso da Silva esclarece que:

não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode substituir discricionariedade; isso que disser que os elementos essência da providência impositiva não constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade; há outras normas constitucionais que completam seu sentido²⁹.

Contudo, a expressão “em virtude de lei” não pode ser conjugada isoladamente, devendo, portanto, ser compatibilizada com todo o sistema constitucional vigente, mormente em função das regras de distinção de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade estabelece a previsão de competência geral do poder legislativo, para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a idéia inicial está em que só este poder tem a legitimidade para instituir regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal.

1.5 PRINCÍPIOS CORRELATOS AO DA LEGALIDADE

Os princípios fundamentais integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material, sendo que a Carta brasileira de 1988 os consagra em um título próprio. Esse fato, inclusive, é bem lembrado por Ingo Wolfgang Sarlet.

²⁹ SILVA, op. cit., p. 421, nota 23.

O constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorga aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da constituição material. Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88), que não foi objeto de previsão anterior³⁰.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso, aduz que os princípios fundamentais constitucionais, ao serem eleitos pelo constituinte pátrio, foram postos como “normas-princípios”, estando estas acima das “normas-disposição”.

Os princípios constitucionais são normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que os institui. É importante assinalar, logo de início, que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas, às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada do sistema³¹.

Nesse mesmo sentido, Antonio Enrique Perez Luño³² preconiza que os princípios fundamentais estabelecem a coluna mestras do hodierno constitucionalismo, sendo que “las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y lãs que establecen el sistema econômico, son lãs decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad”³³.

Os princípios fundamentais servem desta forma, como base de interpretação de todo texto constitucional, bem como para as leis infraconstitucionais.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. p. 110.

³¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.

³² LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984. p. 19.

³³ “as normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, junto aquelas que consagram a forma do Estado e, estabelecem o sistema econômico, são decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade” (Tradução nossa).

Uadi Lamêgo Bulos destaca ainda que os princípios fundamentais, além de assegurarem a “unidade sistemática da constituição, atuam, como vetores para solução interpretativas e, por isso, dirigem-se ao Poder Público por intermédio de seus Órgãos legislativo, executivo e judiciário”³⁴.

Ocorre, entretanto, que os princípios apresentam a mesma valoração e devem, sempre, ser visto caso a caso, de acordo com a ponderação de valores. Nesse contexto, é o entendimento de Robert Alexy³⁵.

Las reglas, cuando valem, son aplicables de una manera del todo-o-nada, mientras que los principios solo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesaria, ente una determinada decisión³⁶.

Assim, visto a importância dos princípios fundamentais para a unidade sistemática do texto constitucional, é significativa a leitura de outros, além do princípio da legalidade, para se formar o entendimento sobre a (in)compatibilidade das súmulas vinculantes diante daquele.

1.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Parte da doutrina constitucional considera o princípio da dignidade da pessoa humana um “superprincípio”, haja vista a sua carga valorativa, em relação aos demais princípios fundamentais constitucionais. Dele, desmembram-se os princípios do direito à vida, da igualdade e da liberdade.

Acerca do tema, colacionamos Rizzato Nunes, que aduz ser o princípio da dignidade da pessoa humana:

³⁴ BULOS, Uadi Lamêgo. op. cit., p. 71, nota 14.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 99.

Um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, sendo que não pode este princípio ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas³⁷.

Contudo, cabe lembrar que a “dignidade da pessoa humana” difere-se da “dignidade humana”, pois o primeiro determina quem são os titulares dessa dignidade, ao passo que o segundo refere-se a uma dignidade coletiva. Sobre este contexto, Ingo Wolfgang Sarlet explica que:

Ainda no que tange à classificação do sentido da dignidade da pessoa humana, importa considerar que apenas a dignidade de determinada (ou de determinadas) pessoa é passível de ser respeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa humana em abstrato. Vinculada a esta idéia, que já transparecia no pensamento Kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não de um ser ideal ou abstrato, não sendo lícito confundir as noções da dignidade da pessoa humana e dignidade humana (da humanidade). Verifica-se, neste contexto, que o Constituinte de 87/88 acolheu esta distinção, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana (e não da dignidade humana) entre os princípios fundamentais de nossa Carta³⁸.

No mesmo sentido, Jorge Miranda, ao preconizar sobre a dignidade da pessoa humana, na constituição lusitana, estabelece que “a dignidade da pessoa é a da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto”³⁹.

Desta forma, evidente a opção da Constituição Federal pátria sobre o conceito de dignidade da pessoa humana no sentido abstrato visando todos os seres humanos (brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros).

³⁶ “as regras, quando valem, são aplicadas de uma maneira do tudo ou nada, o que mostra que os princípios só contêm uma razão que indica uma direção mas que não tem como consequência necessária, entre uma determinada direção” (Tradução nossa).

³⁷ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São paulo: Saraiva, 2002. p. 50-51.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In Dimensões da dignidade, ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005, p.118.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000, p. 184.

Torna-se oportuno ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta um rol de direitos e garantias individuais e coletivas. Ana Paula de Barcelos, exprime que:

O princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionais consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestação sociais⁴⁰.

No entanto, com as súmulas vinculantes, o jurisdicionado não poderá exercer seu direito a uma livre e independente interpretação do texto constitucional, haja vista que aquela será a definitiva e irresoluta interpretação da interpretação.

Vale lembrar que é obrigação do Estado a concretização desse direito (dignidade da pessoa humana), seja na prestação positiva, fazendo com que as premissas constitucionais sejam de fato garantidas, seja na prestação negativa, preparando condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os dependentes de sua soberania. Compartilhando desta visão, Chaim Perelman afirma que:

A noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada ser humano enquanto tal, que esses direitos são vinculados à qualidade de ser humano, não fazendo distinção entre eles e não se estendendo a mais além. [...] corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, torna-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado e a independência do poder judiciário. [...] assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e fazer que se respeitem as ações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação de criar as condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania⁴¹.

Conclui-se que o princípio da dignidade da pessoa somente tem sentido se a vida humana for vivida em dignidade, cabendo, portanto, ao Estado a gerência deste

⁴⁰ BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

⁴¹ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 400-401.

direito. José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da “função” do Estado na concretude dos direitos fundamentais, lembrou que:

Contituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁴².

Ressalte-se, por fim, que o princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado aos princípios da vida e da legalidade, pois o constituinte de 1988 não concebeu a idéia de direito a vida humana sem dignidade (saúde, trabalho, moradia, educação, prestação jurisdicional e etc), e dignidade humana pressupõe regras postas por legítimos representantes eleitos pelo povo. Assim, não há como negar que as súmulas vinculantes, devido a sua carga impositiva, a exemplo das leis, implicam grave desvio do objeto estabelecido no princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, do princípio da legalidade em sentido estrito.

1.5.2 Princípio do estado democrático de direito

O princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, acolhido pela Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 1º, reúne os princípios do “Estado Democrático” e do “Estado de Direito”. A idéia de Estado democrático de direito decorre da valoração da dignidade da pessoa humana, tendo como movimentos políticos marcantes a revolução inglesa, a revolução americana e a revolução francesa. Com relação à revolução inglesa, destaca-se o limite imposto ao poder do monarca. Já na americana, destaca-se a garantia da vontade popular, além da liberdade de associação e a manutenção de um governo próprio. Na revolução francesa, enfatiza-se a preservação da liberdade da pessoa humana e a impossibilidade de qualquer forma de imposição social-política senão através das leis.

A premissa do “Estado de Direito” – ou do “Estado Liberal de Direitos” (conceito dado pelo liberalismo) – tinha como características a submissão à lei – onde esta era considerada como ato emanado pelo poder legislativo, composto por representantes do povo – e a divisão de poderes independentes e harmônicos entre si.

Ocorre que o individualismo e o neutralismo típico do Estado liberal provaram, nos movimentos sociais dos séculos XIX e XX, impugnação ao modelo proposto, face às inúmeras injustiças ocorridas, exigindo, portanto, uma atuação do Estado no sentido de aplicação de justiça social.

Neste contexto, Pablo Lucas Verdú acrescenta que:

Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social⁴³.

Visava-se, na verdade, a efetivação do princípio democrático como garantia universal dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, contrapondo-se ao modelo do Estado Liberal, como lembra Paulo Bonavides que:

a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito⁴⁴.

Conclui-se que a igualdade proposta no Estado de Direito, na concepção clássica, de fundamento em algo formal e abstrato, não se realizando, portanto, no plano material. Com isso, surge a criação do Estado Social de Direito, o que também, não

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 243.

⁴³ LUCAS VERDÚ, Pablo. **La lucha por el estado de derecho**. Bologna: Publicaciones del Real Colégio de Espana, 1975. p. 94.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 16.

foi capaz de assegurar a justiça social e a autêntica participação popular no processo político, o que ocasionou, por conseguinte, a concepção mais recente de um Estado Democrático de Direito, fundada em uma sociedade democrática de fato.

Destarte, a “democracia” proposta pelo princípio fundamental do Estado Democrático de Direito tem como fundamento a realização de uma sociedade justa, livre e solidária (artigo 3º, da CF/88), em que todo o poder emana e deve ser exercido em proveito do povo, através de seus representantes eleitos (parágrafo 1º, do artigo 1º, da CF/88).

Assim, entende-se que a configuração de um Estado Democrático de Direito não se concretiza no plano material, sem que de fato exista um poder judiciário autônomo e satisfatório. Desta forma, com o emprego das súmulas vinculantes no direito pátrio, esta premissa torna-se violada, pois a justiça pretendida socialmente não se obtém com métodos institucionais de cima para baixo.

Desta feita, não há como negar que a imposição normativa imposta pela cúpula do poder judiciário (STF) fere, além do princípio da legalidade, também a premissa do Estado Democrático de Direito.

1.5.3 Princípio da tripartição dos poderes

Embora a definição jurídica da separação dos poderes do Estado seja objeto de grandes questionamentos na doutrina pátria, confundindo-se com a própria evolução do Estado, oportuno lembrar que este princípio fundamental tem por escopo a garantia de duas premissas constitucionais, ou seja, à proteção da liberdade individual, relacionando-se, portanto, com o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana e, uma maior eficiência do Estado, através de um sistema de divisão de competências para os poderes de representatividade do Estado (executivo, legislativo e judiciário).

Na Grécia antiga, Aristóteles, citado por Dalmo Abreu Dallari⁴⁵, já se incomodava com a idéia de concentração de poderes na mão de um só, pois considerava injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder.

Maquiavel, em clássica obra ("O Príncipe"), identificava a figura de três poderes: o legislativo representado pelo parlamento, o executivo, na figura do monarca, e um judiciário independente. Neste contexto Dalmo Abreu Dallari aduz que:

É curioso notar que Maquiavel louva essa organização porque dava segurança ao rei. Agindo em nome próprio o judiciário poderia proteger os mais fracos, vítimas de ambições das insolências dos poderosos, poupando o rei da necessidade de interferir nas disputas e de, em consequência, enfrentar o desagrado dos que não tivessem suas razões acolhidas⁴⁶.

Historicamente, o primeiro cientista político a utilizar a expressão "separação dos poderes", foi Jonh Locke. Para tanto tinha como referência o Estado Inglês do Século XVII, onde identificava dois órgãos do poder e quatro funções, ou seja, a função legislativa para o parlamento e a executiva para o monarca. Contudo, ao rei era ainda acumulava a função federativa que tratava de questões de guerra, alianças, paz e segurança, além da atribuição de fazer o bem público sem subordinar as regras⁴⁷.

Contudo, a teoria da separação dos poderes teve na obra de Montesquieu (De L'Esprit des Lois), o seu auge como sistema político-jurídico. É valido lembrar que essa teoria teve sensível influência de idéias iluministas e do liberalismo, limitando, portanto, a atuação do Estado, onde, através da figura dos três poderes (o legislativo, o executivo e o judiciário), cada um cumpriria papéis de forma harmônica e independente entre si.

O primeiro Estado a adotar na prática essa teoria da separação dos poderes foi o francês (Estado absolutista para o Estado liberal), o que, por conseguinte,

⁴⁵ DALLARI, op. cit., p. 37, nota 22.

⁴⁶ Ibid., p. 43.

⁴⁷ Ibid., p. 46.

influenciou ao longo dos anos também o direito constitucional de outros países, v. g. a constituição pátria.

No ordenamento jurídico pátrio, em seu artigo 2º, resta preconizado que os poderes (legislativo, executivo e judiciário) serão independentes e harmônicos entre si, não possuindo qualquer dependência funcional. Aliás, essa organização está estabelecida no Título IV, pormenorizado nos artigos 44 a 135. Como o Brasil é uma república federativa, há, além das divisões de poderes, a repartição de competências entre o governo federal e os Estados-Membros. Neste sentido, Rodrigo César Rebello Pinho expôs que:

O grau de centralização ou de descentralização política de um Estado Federal é medido pela quantidade e qualidade de atribuições concedidas às entidades federativas. Quanto maior a centralização política, maiores serão as atribuições feitas ao governo central. Dentro dessa perspectiva é evidente o grau de centralização do Estado Federal brasileiro⁴⁸.

No que tange as funções desempenhadas por estes poderes, caberá ao poder legislativo a exclusiva elaboração de leis (normas gerais e abstratas), em quanto ao poder executivo caberá a gestão administrativa do Estado brasileiro, sempre abalizado nas leis, ao passo que ao poder judiciário caberá a manutenção da ordem social através do cumprimento das leis.

Assim, aceitar que a “norma material” (leia súmula vinculante), chancelada pela cúpula do poder judiciário (STF), não irá criar direito ou dever novo, e sim, apenas, pacificar o direito posto, sem ferir o princípio fundamental da separação dos poderes, e, por conseguinte o da legalidade, é menoscabo, pois entende-se que aquela se trata de verdadeira “reforma legislativa”, haja vista a sua carga inovadora e coercitiva, equiparando-se às leis formais mencionadas no artigo 59, da CF/88, ou seja, ao “pacificar” a interpretação da norma legal, o Supremo Tribunal Federal irá impor uma única interpretação do texto constitucional, revelando-se, dessa forma, verdadeira reforma constitucional, pois o jurisdicionado será obrigado a reportar-se à

⁴⁸ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 43.

força da “interpretação da interpretação” (súmula vinculante), e não à lei genérica (Constituição).

Nesse sentido, cabe lembrar que a harmonia, apregoada no princípio da separação dos poderes, sustenta-se no sistema de freios e contrapesos, que dá margem, por exemplo, ao poder executivo editar normas com força de lei (v.g. medidas provisórias ou o veto às leis do legislativo), ao poder judiciário declarar a inconstitucionalidade de normas dos demais poderes, ao legislativo a possibilidade de impeachment do chefe do executivo, e por fim da indicação e escolha dos ministros dos tribunais superiores, respectivamente, pelo executivo e legislativo.

Desta forma, uma vez que as súmulas vinculantes tratam-se de precedentes judiciais, com efeito vinculante, assim como ocorrem com as leis, não há como deixar de aduzir que esta prática, pelo poder judiciário, fere o princípio da separação dos poderes e, o sistema de freios e contrapesos, pois esta “súmula” estaria concedendo a este poder atribuição legiferante, o que é exclusivo do poder legislativo e, excepcionalmente do poder executivo (v. g. com as medidas provisórias).

1.5.4 Princípio da legitimidade

O princípio da legalidade, em um Estado Democrático de Direito, funda-se essencialmente no princípio da legitimidade, ou seja, em um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será democrático, muito menos de direito, como proclama a Constituição (artigo 1º).

É bem certo que os regimes ditatoriais também atuam mediante leis. Até pouco tempo atrás, o direito pátrio vivenciou uma legalidade extraordinária, edificada em Atos Institucionais e Atos Complementares, embasada no critério da força e não no critério da legitimidade. Prova de que nem sempre a ordem jurídica é justa.

Assim sendo, perfilha-se do entendimento de que o princípio da legalidade só pode ser formal na exigência de que a lei seja concebida obedecendo às formalidades tecidas no texto constitucional, ou seja, editadas pelos órgãos de representação popular. Apenas o poder legislativo é que goza da faculdade de designar normas jurídicas que inovem originariamente o sistema jurídico nacional. É isso que difere a competência legislativa (art. 59 da CF/88), da mera competência regulamentar (artigo 103-A; súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal).

Se podem inserir também as normas regulamentares quando da competência privada do chefe do Poder Executivo, tendo por escopo a instrumentalização dos comandos legais, fornecendo meios materiais adequados a seu cumprimento efetivo (vide sobre no item “1.4.1”).

É bem verdade que a relação jurídica entre o princípio da legalidade e o da legitimidade seja bem próxima, a ponto do primeiro tornar-se um desdobramento lógico do segundo princípio. Nesse sentido, José Naufel conceitua o termo “legalidade” como:

Atributo daquilo que se mostra conforme a razão e a natureza. Legalidade é termo de significado muito mais estrito, tem mais particular uso na jurisprudência positiva e parece referir-se a tudo que se faz ou obra segundo o que está determinado nas leis humanas, isto é, guardando as solenidades, formalidades ou condições que elas prescrevem. Em física é legítimo ouro, legítima prata, legítimo diamante o que tem a própria natureza destas substâncias, o que não é contra-feito nem adulterado. Em lógica, é legítimo o raciocínio quando os princípios são verdadeiros e a consequência deduzida segundo as regras. Em moral, são legítimas as ações que conformam com a razão, a equidade e a justiça universal. E finalmente, em jurisprudência são legítimas todas as ações ou omissões que as leis ordenam, etc. Um título é legítimo quando está autenticamente na forma da lei: um testamento é legal quando foi feito com as solenidades da lei, uma prova é legal quando nela se acham verificadas todas as condições que a lei requer, etc⁴⁹.

Corretamente se diz legítimo tudo aquilo que se faz com base nas normas legais, ou seja, tudo que está em harmonia com a lei. Por este viés, torna-se legal tudo aquilo que é feito por determinação da lei (leia vinculação à lei).

⁴⁹ NAUFEL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 563.

Outra associação feita usualmente com o princípio da legitimidade e o da legalidade refere-se ao poder público, pois o primeiro é uma qualidade do poder, ao passo que o segundo refere-se a seu exercício. Neste sentido, Norberto Bobbio expõem:

Na linguagem política, entende-se por legalidade um atributo e um requisito do poder, daí dizer-se que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com leis estabelecidas ou pelo menos aceitas. Embora nem sempre se faça distinção, no uso comum e muitas vezes até no uso técnico, entre legalidade e legitimidade, costuma-se falar em legalidade quando se trata do exercício do poder e em legitimidade quando se trata de sua qualidade legal: o poder legítimo é um poder cuja titulação se encontra alicerçada juridicamente; o poder legal é um poder que está sendo exercido de conformidade com as leis. O contrário de um poder legítimo é um poder de fato; o contrário de um poder legal é um poder arbitrário⁵⁰.

Desta feita, pode-se estabelecer que o princípio da legalidade tem como premissa fundamental o respeito ao Direito na medida em que este é produto do anseio geral. Do mesmo modo, pode-se afirmar que o princípio da legalidade tem na legitimação dada ao poder legislativo (artigo 59, da CF/88), a atribuição exclusiva na edição de normas vinculantes.

2 SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 CONCEITO E OBJETO

Em linhas gerais, o termo “súmula” tem sido empregado no direito brasileiro em dois sentidos, ou seja, como um “resumo de um julgado, enunciado formalmente pelo órgão julgador”⁵¹, ao passo que o segundo sentido tem haver com “o resumo de uma tendência jurisprudência adotada, predominantemente, por determinado tribunal,

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UNB, 2000. p. 674.

⁵¹ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Súmulas do STJ comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32.

sobre matéria específica, sendo enunciada em forma legalmente definida e publicada em número de ordem”⁵².

Compartilha-se do segundo entendimento que estabelece como gênese de uma súmula a repetição de julgamentos que cristalizam ou direcionam a interpretação de uma matéria contida no direito positivo em determinado sentido, tendo em vista o objeto jurídico do mesmo, o que resta evidente na história de sua edição no direito pátrio.

Em 13 de dezembro de 1963, na sessão plenária do Supremo Tribunal Federal, o instrumento “súmula” passa a ser aprovado e editado pela comissão de jurisprudência, composta, na época, pelos ministros Victor Nunes Leal, Gonçalves de Oliveira e Pedro Chaves, já como 370 enunciados⁵³.

Justificando o motivo para a introdução deste instrumento legal, no direito pátrio, o idealizador e então ministro Victor Nunes Leal, em palestra proferida em 12 de agosto de 1964, na cidade de Belo Horizonte, expôs que:

Firmar a jurisprudência de modo rígido não seria um bem, nem mesmo viável. [...] mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüente e necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. [...] do mesmo modo, razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança. [...] foi desta maneira, colocando-se um pé adiante do outro, que nasceu a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

O que se percebe no depoimento do ministro Victor Nunes Leal era que, embora contrário a qualquer forma institucional ou legal que trouxesse cerceamento a liberdade dos magistrados em seus julgamentos, ele sentia a necessidade de

⁵² Ibid., p. 32.

⁵³ Ibid., p. 33.

⁵⁴ Ibid., p. 34.

uniformização dos julgamentos de matérias reiteradamente discutidas, embora não vinculante e sempre passível de alteração, no intuito de servir como orientação segura para professores de direito, advogados, juízes, promotores e etc.

Em suma, as súmulas editadas na década de 60, pelo Supremo Tribunal Federal, tinham por escopo ser um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, com numeração convencional.

Ocorre que quarenta anos depois da adoção das súmulas, neste mesmo vetor, há doutrinadores, como Mônica Sifuentes, que defendem, não só a utilidade prática deste instrumento, como também a sua novel vinculação (súmulas vinculantes).

a multiplicidade de causas idênticas, especialmente na Justiça Federal, foi o principal motivo da instituição das súmulas pelo STF, em 1963. Àquela época, julgavam-se sete mil processos por ano. Hoje se julgam vinte vezes mais. O crescimento geométrico das demandas fez com que a edição de súmulas, que vinha prestando notável serviço ao Judiciário, não fosse o bastante para resolver o infindável acúmulo de processos. Daí a necessidade de atribuir caráter vinculativo à súmula, ao menos para os tribunais e a Administração Pública, como medida de política judiciária, a fim de diminuir o número de demandas em cursos nos tribunais⁵⁵.

Registra-se, contudo, que a súmula vinculante, criada pela emenda constitucional nº 45/2004 e regulamentada pela lei infraconstitucional nº 11.417/2006, vai além do objeto jurídico formulado para a súmula editada a partir da emenda regimental de 28 de agosto de 1963, pretendendo, na verdade, estabelecer uma espécie de ponte de ligação entre decisões (especialmente de controle de constitucionalidade ou interpretativas) proferidas numa dimensão concreta em uma decisão (sumulada) proferida com caráter geral (abstrato), visando assim, garantir certa obrigatoriedade à jurisprudência pátria.

Seria uma forma de transposição do concreto para o abstrato-geral, isso, porque os detalhes dos casos concretos e suas particularidades serão descartados para fins de

⁵⁵ SIFUENTES, Mônica. **Súmulas vinculantes**. Belo Horizonte: Saraiva. 2005. p. 258.

criação de um enunciado que seja suficientemente abstrato para ter efeitos *erga omnes*.

Dissertando sobre a relevância processual das súmulas, no acolhimento de determinados recursos, André Franco Montoro aduz que “a sua finalidade é não só propiciar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho do advogado e do tribunal, simplificando o julgamento das questões mais freqüentes”⁵⁶.

Com este entendimento, Robert Alexy, ao justificar a utilização pragmática das súmulas, aduz que isso se deve por causa do “princípio da universalidade, ou seja, da justiça formal, que impõe um tratamento isonômico para situações iguais”⁵⁷.

Registra-se que as súmulas editadas até 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, não passaram automaticamente a possuir efeito vinculante. Para tanto, deveram seguir rigorosamente o procedimento descrito no artigo 103, “A”, da Constituição Federal (inserido pela EC 45/2004).

Nesse contexto, frisa-se como uma das principais questões envolvendo as súmulas vinculantes, a possibilidade de o STF agir de ofício ou por provocação, ou seja, para a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula, basta à espontaneidade desta corte ou provocação por aqueles que possuem legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade. Isso resta preconizado no §2º, do artigo 103-A, da CF/88:

Art. 103-A: [...]

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

⁵⁶ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 356.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 259.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Exige-se, portanto, para a sua aprovação, *quorum* qualificado, ou seja, dois terços dos ministros do STF devem ser favoráveis para aprovação, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante.

Dessa forma, pode-se estabelecer como objeto jurídico das súmulas vinculantes a sua imposição interpretativa pelos demais órgãos do poder judiciário (vincula todos os juízes, os tribunais e até mesmo as Turmas do próprio STF), assim como da administração pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Porém, entende-se que ela não vincula o poder legislativo de suas funções típicas, isto é, este poderá, se for o caso, por emenda constitucional, aprovar novo texto contra o sentido da súmula vinculante⁵⁸.

Dentre as suas peculiaridades, destacam-se ainda a imperatividade (imposição de um determinado sentido, que deve ser acolhido de forma obrigatória), a coercibilidade (se não observada essa interpretação cabe reclamação ao STF, sem prejuízo de futuras e eventuais sanções, que podem ser previstas em lei).

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 18

proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Vele lembrar que não importa quem não obedeça a súmula vinculante (judiciário ou executivo), pois caberá reclamação em ambas as hipóteses. No caso dos magistrados singulares, resta frisar que eles necessitam demonstrar que os fundamentos do caso concreto que está sob seu exame coincidem ou não com os fundamentos das decisões que autorizaram a criação da súmula vinculante. Não podem eles, entretanto, decidir contra a súmula. Se assim o fizerem, cabe reclamação ao supremo, que anulará o ato do magistrado.

Art. 103 - A: [...]

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Desta feita, pode-se estabelecer as súmulas vinculantes como o mecanismo editado exclusivamente pelo STF, após reiterada jurisprudência consolidada, tendo como objeto jurídico a obrigatoriedade sobre juízes, advogados, promotores e administração pública (direta e indireta), em seguir a interpretação imposta sobre matérias constitucionais

2.2 DIFERENÇAS ENTRE A SÚMULA VINCULANTE E A IMPEDITIVA DE RECURSO

Como visto, a súmula vinculante é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, consoante disposto no artigo 103, "A", da CF/88, introduzida pela EC nº 45/2004 e, regulamentada pela lei nº 11.417/2006, ao passo que a súmula impeditiva de recurso consta da parte do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000 que retornou à Câmara dos Deputados para apreciação de mudanças introduzidas no Senado Federal, com provável possibilidade de aprovação, e, como

tal, serão de alçada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, estimando ser o futuro artigo 105, “A”, da CF/88, se aprovado.

Entende-se, semelhantemente como no caso das súmulas vinculantes, que a idéia da súmula impeditiva de recurso em nada contribuirá para a celeridade ou segurança das decisões judiciais. Isso fica evidente no § 3º, sugerido ao artigo 105 “A”, onde reza que:

Art. 105 – “A”: [...]

§3º: são insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso.

Ora, o simples impedimento de manejo recursal contra sentença que tenha dado ao caso específico interpretação idêntica à súmula impeditiva trará aos autos outra discussão paralela, ou seja, a do (in)devido enquadramento do caso à súmula supra, ocorrendo assim, verdadeiro prejuízo ao andamento processual.

Impende salientar, ainda, que o próprio texto sugerido ao artigo 105 - “A”, prega contra a jurisdição do próprio STF. Ou seja, como ficará o manejo dos recursos extraordinários diante de impedimento a interposição de quaisquer recursos? Será que a proposição tem por objetivo impedir também a utilização deste recurso? O Supremo deve se curvar à sumula impeditiva? Entende-se que não, pois ao STF cabe apreciar todos os recursos extraordinários, obedecida a formalidade do artigo 543 -“A”, do CPC, que considere relevante e em cujo teor vislumbre violação da CF/88.

Ocorre que alguns doutrinadores, como André Ramos Tavares, perfilham do entendimento no sentido de que a súmula impeditiva de recurso venha fortalecer a atividade dos juízos inferiores, pois se constituem apenas em impedimento à interposição de qualquer recurso contra decisão que a houver aplicado⁵⁹.

Igualmente, José Afonso da Silva vê com bons olhos a implementação das súmulas impeditivas de recurso, principalmente pelo fato do maior recorrente da Justiça Federal ser o próprio Poder Público Federal.

as súmulas impeditivas de recurso podem ter um efeito benéfico, ao tolher a recorribilidade no âmbito de competência da Justiça Federal, que não atinge diretamente a cidadania, mas a prática da interposição de recursos pelo Poder Público Federal⁶⁰.

Entretanto, embora a súmula impeditiva de recurso ainda encontre-se em trâmite legislativo, encontram-se no direito pátrio, mecanismos que bem se aparentam com aquela, ou seja, a reforma, pelo artigo 38 da lei nº 8.038/1990, do artigo 557 do Código de processo Civil, na qual se passou a permitir a rejeição do recurso que contrarie súmula do respectivo tribunal, como também reformar a decisão que conteste precedente jurisprudencial.

Art. 557: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998);

§ 1º - "A": Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)⁶¹.

De igual modo, a lei nº 11.276/2006, que alterou o artigo 518 do CPC, também revela a introdução dissimulada de súmula impeditiva de recurso, uma vez que concebe ao magistrado, a possibilidade do não recebimento de recurso de apelação que contrarie expressamente súmula do STF ou do STJ.

Art. 518: [...]

⁵⁹ TAVARES, op. cit., p. 25, nota 24.

⁶⁰ SILVA, op. cit., p. 566, nota 23.

⁶¹ BRASIL. **Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)⁶².

Em suma, ratifica-se o entendimento de que as súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso e os artigos supra do código de ritos, em vez de celeridade e segurança jurídica, trazem ao jurisdicionado problemas de ordem pragmática e hermenêutica.

2.3 SÚMULA COMO FONTE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

As súmulas têm como gênese as reiteras decisões (julgados) que guardem entre si uma linha essencial de continuidade e coerência, ou seja, para se falar em súmulas (jurisprudências) é “impreterível certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento”⁶³.

Vale lembrar que, ao contrário, do que se apresentam, as sentenças que divergem, quando questões, de fato e direito, idênticas, longe de revelarem a fragilidade dos julgados, demonstram, na verdade, que o ato de julgar não se traduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder de interpretação do julgador.

Aliás, pode-se dizer que “interpretar é atribuir um sentido ou um significado a signos ou a símbolos, dentro de determinados parâmetros”⁶⁴. Assim, seja na linguagem normativa, seja na linguagem jurisprudencial (súmulas), “não há significações unívocas; os seus vocábulos comportam mais de um conceito, o que, por si só, já seria bastante para justificar a necessidade da interpretação”⁶⁵.

⁶² Ibid., p. 72.

⁶³ REALE, op. cit., p. 168, nota 25.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p. 17.

⁶⁵ Ibid., p. 17.

Como visto, o vocábulo *súmula* sempre remete a seu sentido dúplice, conforme seja considerado pelo sistema da *civil law* ou da *common law*. Tal diversidade de significados se dá pelo fato de que, no direito romano, se usava a terminologia “jurisprudência” para designar tanto a autoridade decisória quanto o conhecimento jurídico⁶⁶.

Neste contexto, Carlos Maximiliano, ao estabelecer a diferenciação entre interpretação e hermenêutica, laborou no sentido que:

a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar; uma (a interpretação) é a aplicação da outra (hermenêutica); enquanto a hermenêutica estuda abstratamente os enunciados que podem presidir uma determinada interpretação, esta é a aplicação desses enunciados a determinado objeto, aclarando-lhe o sentido, para a partir daí, ao menos no campo jurídico, aplicar a regra assim compreendida aos casos concretos⁶⁷.

Em suma, a interpretação jurídica tem por fim a exposição de significados das normas, ao passo que a hermenêutica decifra o modo pelo qual poderá se dar esta interpretação.

Assim, influenciados em grau reduzido pelo direito romano, os britânicos adotaram o sentido de ciência para o vocábulo “jurisprudência” e, por conseguinte, também para “súmula”, ao passo que os demais povos (*in casu* o direito brasileiro), profundamente influenciados pela doutrina romanista, incorporaram aos seus respectivos sistemas a noção de “jurisprudência” e “súmula” como autoridade normativa das decisões dos tribunais.

Dessa forma, os que chamam os países adeptos do sistema *common law*, de “jurisprudências” ou “decisões dos tribunais”, chamam os do sistema *civil law* de “ciência” ou “doutrina”.

⁶⁶ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 235, nota 28.

⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 02.

Registra-se ainda que sobre as diferenças dogmáticas e pragmáticas destes dois modelos jurídicos, foram tecidos tópicos específicos neste trabalho (tópicos “2.3.1” e “2.3.2”).

Neste íterim, parte-se do entendimento de que, para o sistema adotado pelo ordenamento pátrio (*civil law*), o vocábulo “súmula” assinala a circunstância de que em vários casos concretos, várias decisões convergiram-se em um único sentido, firmado um posicionamento uniforme.

Assim, portanto, dúvidas não restam quanto à definição, pelo direito brasileiro, de sua fonte primária (a lei) e de suas fontes subsidiárias. Nesse sentido o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil ⁶⁸, preconiza que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Como se vê, desse elenco de fontes legais do direito nacional excluída se encontra a “jurisprudência” e de igual modo as “súmulas”. Contudo, necessário ressaltar que além das fontes legais (a primária e as subsidiárias), existem também as fontes jurídicas, incluindo-se nesta as jurisprudências, a doutrina e a súmula.

Ora, é inconteste que a doutrina juntamente com a jurisprudência constrói o Direito através da hermenêutica, aproximando de forma ímpar os fins sociais e as exigências do bem comum.

Tendo como parâmetro que a recente conjuntura social, marcada pelo avanço tecnológico e pelo pluralismo, implica a multiplicação de situações e a intensificação das relações, criando-se, com isso, à toda evidência, vazios legislativos que ao magistrado, diante de um caso concreto, não se pode ver impedido de julgar, fundamentado nos fins sociais, a norma em situações não previstas.

⁶⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Vade mecum universitário de direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

Sobre este contexto, Djanira Maria Radamés de Sá, aduz que:

na antiguidade e na idade média prevaleceu a figura do pacificador de conflitos; no Estado Moderno liberal, o modelo passou a ser o do árbitro; o juiz de hoje, no Estado Democrático de Direito, é, antes, um transformador que, mais do que pacificar ou arbitrar, busca realizar a justiça num contexto amplamente socializado⁶⁹.

Neste contexto, Alberto Spota aduz que “porque ora estende, ora restringe, ora altera a lei, à jurisprudência não se pode negar o status de fonte do direito”⁷⁰.

É nessa circunstância, sobretudo, que se ressalta o livre labor interpretativo do julgador e, especificamente no Direito pátrio, pode-se invocar, como exemplos recentes o reconhecimento da relação concubinária e da incidência progressiva da correção monetária nos débitos. Nestes casos, havia a ausência da lei, mas diante dos fatos concretos a exigirem solução, um direito novo verdadeiramente se criou a partir das súmulas (jurisprudências) que, reiteradamente, se produziram.

Ademais, a moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre o mesmo sentido unívoco, mas sim, produzindo uma única solução adequada para cada caso. Neste sentido, aliás, Luís Roberto Barroso aduz que:

o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade; todos os objetos estão sujeitos à interpretação; isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria-prima é feita de normas, palavras, significantes e significados; a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece⁷¹.

⁶⁹ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996. p. 37.

⁷⁰ SPOTA, Alberto. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985. p.44.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 9.

Em suma, a interpretação do Direito, da lei e das súmulas, com ou sem efeito vinculante, será sempre voluntarista, pois necessita da vontade do intérprete, levando, por conseguinte, a resultados dos mais diversos.

Neste contexto, inclusive, Miguel Reale, com sua teoria tridimensional do Direito (“fato, valor e norma”), expõe que numa compreensão concreta da experiência jurídica, “o que interessa não é o signo verbal da norma, mas sim a sua significação, o seu conteúdo significativo, o qual varia em função de mudanças operadas no plano dos valores e dos fatos”⁷².

Assim, embora não seja ponto controvertido na doutrina a questão de ser a súmula vinculante fonte secundária do Direito, filiamos do entendimento de que a idealizada segurança jurídica advinda com o emprego desta encontra-se muito distante da realidade fática, haja vista a possibilidade do jurisdicionado, do causídico, da administração pública e até mesmo do juiz singular interpretar aquela com seus valores e visões pessoais.

2.3.1 Aplicabilidade da súmula no sistema da *common law*

A discussão acerca da súmula vinculante pressupõe a consideração dos dois grandes modelos que se conhecem de sistemas jurídicos, ou seja, o modelo codificado (*civil law*) e o modelo do precedente judicial (*common law*). Há, sem dúvidas, uma grande incompatibilidade entre esses dois modelos jurídicos, pois o primeiro, que, aliás, o direito pátrio filiou-se, atende ao pensamento abstrato e dedutivo, estabelecendo premissas (normativas) e obtendo conclusões por processos lógicos, estabelecendo normas gerais, ao passo que o modelo da *common law* obedece a um raciocínio mais concreto, ou seja, preocupa-se apenas em resolver o caso particular (pragmatismos exarcebado), centrado-se exclusivamente na primazia das decisões judiciais.

Como estabelecido por André Ramos Tavares, o modelo jurídico *common law* “é um sistema nitidamente judicante”, ao passo que “o modelo *civil law*, está baseado, essencialmente, na lei”⁷³.

O sistema da *common law*, na verdade, é um modelo jurídico de direito elaborado na Inglaterra, “principalmente pela ação dos Tribunais Reais de Justiça, depois da conquista normanda”⁷⁴.

Essa conquista, na verdade, constitui “um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizador, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia”⁷⁵,

Assim, com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece, instalando-se o feudalismo na Inglaterra.

Do modelo jurídico da *common law* advém o princípio do *stare decisis et quieta non movere* (“matenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido”). Essa premissa é a pedra angular do *common law* porque, neste sistema o Direito, é enunciado e desenvolvido através de decisões judiciais.

Prega este sistema que os magistrados devem resolver os casos pendentes de decisão atendo ao resolvido por decisões pretéritas (precedentes), ditadas em casos idênticos, por juízes da mesma jurisdição ou superior.

Nesse sentido, André Ramos Tavares aduz que:

o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados; a norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do

⁷² REALE, op. cit., p. 172, nota 25.

⁷³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 359.

⁷⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3^o. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 279.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 285.

caso concreto apresentado; o precedente haverá de ser nas posteriores decisões, como paradigma⁷⁶.

Cabe ressaltar que a extensão da premissa *stare decisis* não é a mesma nos Estados Unidos e na Inglaterra, pois, embora aquele Estado tenha se mantido filiado ao *common law*, dele se afastou principalmente pelo reflexo da independência americana, estabelecendo, desta forma, um sistema jurídico próprio.

Nos Estados Unidos, portanto, as sentenças ditadas por tribunal de um Estado não vinculam os juízes de outros Estados, ao passo que na Inglaterra, o juiz, ao analisar um caso concreto submetido a julgamento, deve buscar o precedente que ao caso melhor se aplique, independentemente do Estado, bastando apenas que este precedente seja de magistrado da mesma jurisdição ou de tribunal superior.

Assim, dada às pequenas cisões quanto à utilização dos precedentes jurisprudenciais, via de regra, nos países de *common law*, a sentença, além de decidir a controvérsia e impedir as partes da renovação do debate sobre questões já decididas, funciona também como precedente para casos semelhantes.

A *common law* é, destarte, um sistema jurídico que tem como fundamentos a experiência, nos usos e costumes, na tradição e na criação do Direito pelos tribunais sua regra principal.

Miguel Reale instrui que “na Inglaterra, v.g., não possui como Lei Suprema um documento escrito, tal como concedido nos sistemas constitucionais modernos”⁷⁷.

Quanto à previsibilidade do *stare decisis* ser ou não fonte do Direito, valem os ensinamentos de José Anchieta da Silva, que aduz, “não nos parece o *stare decisis* uma norma jurídica; não se pode negar-lhe, a condição de fonte do direito; entre nós, registre-se, fonte secundária do direito”⁷⁸.

⁷⁶ TAVARES, op. cit., p. 360-361, nota 24.

⁷⁷ REALE, op. cit., p. 158, nota 25.

Djanira Radamés de Sá leciona que o modelo jurídico *common law* vem sendo alvo de duras críticas.

Grandes autores americanos como Glewelyn e Roscoe Pound negam ao *stare decisis* a natureza de norma jurídica. Para o primeiro, 'as razões pelas quais as sentenças procedentes adquirem validade normativa e caráter de fontes do direito são primariamente sociológicas e secundariamente axiológicas'. Entende o segundo que o *stare decisis* [...] é meramente uma arte tradicional no modo de sentenciar. É uma técnica tradicional de resolver com referências as sentenças judiciais do passado. [...] Ainda prevalece a atribuição do status de norma ou princípio legal ao *stare decisis*, pelo qual ficam os juízes obrigados a recorrer às sentenças precedentes, seja pontual, seja analogicamente, para delas extrair a norma jurídica aplicável ao caso. A busca de fundamentação normativa no *common law* é uma busca de analogias jurisprudenciais⁷⁹.

Desta feita, resta evidente que, para este sistema jurídico, a certeza e a segurança jurídica ficam postas sobre a regra do precedente obrigatório vinculativo, junto aos demais órgãos julgadores.

Portanto, na *common law*, a decisão judicial, sob a forma de precedente vinculante, assume a preferência de fonte primária do direito, divergindo do modelo codificado (*civil law*), no que diz respeito à lei.

2.3.2 Aplicabilidade da súmula no sistema da *civil law*

O modelo jurídico da *civil law*, comumente conhecido como escola romano-germânica, tem sua gênese durante a alta idade média, no território correspondente ao antigo império romano do ocidente, onde se formaram vários reinos de origem germânica, que aplicavam preferencialmente os costumes germânicos, sendo alguns destes costumes objetos de compilação escrita (v.g. Lei Sállica, o Código de Eurico, o Breviário de Alarico e o Código Visigótico)⁸⁰.

⁷⁸ SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.58.

⁷⁹ SÁ, op. cit., p. 64-65, nota 69.

⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 68.

O modelo jurídico da *civil law* se consolidou no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, como uma síntese da convivência forçada entre os germanos (bárbaros), e os povos romanos conquistados.

Nos países adeptos deste sistema, a lei é considerada a fonte primária do direito, ou seja, a fonte formal imediata ou direta para a construção do direito, ao passo que as súmulas (jurisprudência, precedentes judiciais) cumprem papel secundário, como fonte mediata ou indireta. A interpretação do direito, pelo seu aplicador é extremamente pautada nas normas legais, no dogmatismo formal, sendo as súmulas, as jurisprudências, a doutrina e os costumes, mera fontes auxiliaadoras, sem nenhum caráter obrigacional para o seu interprete.

Nesse modelo, há como premissa fundamental o respeito à lei como fonte primária (imediata), privilegiando, com isso, a generalização e a abstração, ou seja, a lei passa a ser o alicerce de todo ordenamento jurídico vigente, sendo ainda o elemento que fornece a devida segurança e a estabilidade, ao passo que as jurisprudências são as interpretações que os tribunais dão à lei.

Na *civil law*, portanto, a jurisprudência (súmulas) decorre da mera interpretação legal, ou seja, da adequação da norma à realidade, sendo, neste sentido, criativa, mas, ainda assim, considerada apenas fonte secundária (mediata) do Direito e, portanto, complementar.

Em suma, na *civil law*, no qual se situa o Direito brasileiro, a fonte primária (imediata) do direito é a lei, enquanto que na *Common law* o precedente judiciário ocupa tal destaque. No primeiro o juiz está adstrito à lei, ao passo que no segundo ele faz a lei (precedente judicial).

2.3.3 Experiência brasileira com os precedentes vinculantes

Embora o sistema jurídico brasileiro tenha na lei a sua fonte primária e, declaradamente, se filie ao modelo da *civil law*, é certo que não só já experimentou manifestações de precedentes vinculantes em sua história remota, como emprega, novamente, *in casu*, com as súmulas vinculantes, premissa que tem como origem o sistema da *common law*.

Na verdade, a instituição da súmula vinculante, pela EC n. 45 de 2004, corresponde à tentativa de adaptação do modelo da *commow law* (*stare decidis*) para nosso sistema romano-germânico (*civil law*), permitindo que a suprema corte brasileira, o STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove súmula que, a partir de sua publicação, tenha efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federais, estaduais e municipais.

Ocorre, porém, que, na história do Direito Constitucional brasileiro já houve várias tentativas, frustradas, no sentido de se estabelecer a vinculação, coercitiva e imperativa, da súmula vinculante.

O direito constitucional pátrio teve sua primeira experiência com decisões vinculantes, enquanto colônia da Coroa portuguesa, quando então foram instituídos os *assentos*, que impressos, de início, na Segunda Ordenação e, posteriormente, nas Ordenações Filipinas e na Lei da Boa Razão, não tinham outro propósito senão o de manter o domínio político da monarquia absolutista, sobre a colônia tupiniquim, principalmente sobre as decisões judiciais concebidas aqui ⁸¹.

A teor da remota legislação lusitana, a Casa da Suplicação adotavam os assentos que, escritos no livro da Relação, subordinavam as demais interpretações àquela

⁸¹ BEZERRA FILHO, op. cit., p. 34, nota 51.

previamente estabelecida. Eram os assentos portugueses, assim, legítimos precedentes vinculativos, constituindo autêntica interpretação legislativa ⁸².

Contudo, com a proclamação da independência do Brasil, sobretudo, graças às idéias liberais universalizadas pela Revolução Francesa e pela Constituição Americana, a Casa de Suplicação perdeu sua legitimidade, principalmente quanto aos precedentes jurídico-legislativo (assentos), que passaram a ser desempenhados pelos poderes, legislativo e moderador, recém-instituídos.

Marchando pela experiência brasileira na utilização de precedentes, destaca-se ainda o ano de 1939, quando o “novo” Código de Processo Civil, em seu artigo 861, acolhe o “prejulgado”, instituto permissivo do pronunciamento prévio do tribunal sobre a interpretação de norma jurídica na ocorrência real ou mera possibilidade de interpretação conflitante ⁸³.

É bem verdade que este “prejulgado”, previsto na lei processual, tinha por escopo à uniformização da jurisprudência e a celeridade processual, sem, contudo, possuir caráter vinculativo.

O mesmo não se diga do “prejulgado” estabelecido pela Justiça do Trabalho, naquela mesma época, quando os magistrados desta especializada, obrigatoriamente ficavam vinculados à interpretação posta pelo Tribunal Superior do Trabalho. Este extinto “prejulgado” tinha peculiaridade de norma geral e, exatamente, por isso, foi arduamente criticado pela doutrina da época, ocasionando, por conseguinte, que o então STF considerasse o instituto prejulgado uma invasão as atribuições do Poder Legislativo declarando-o, portanto, inconstitucional ⁸⁴.

Por fim, antecedendo as súmulas vinculantes, houve, ainda, pelo constituinte de 1988, a imposição normativa quanto à competência do STF no julgamento dos

⁸² Ibid., p. 35.

⁸³ CUNHA, Sérgio Sérulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 48.

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007. p. 14.

recursos extraordinários, como forma de uniformizar a interpretação da Constituição Federal, e do STJ para o julgamento dos recursos especiais, também no intuito de uniformizar-vincular a interpretação da legislação federal ⁸⁵.

Entretanto, há, segundo Lenio Luiz Streck⁸⁶ uma diferença essencial entre o modelo brasileiro (*civil law*) e o que motivou a criação das súmulas vinculantes (*common law*). O precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, sendo por isso fundamental, se ter assegurado à estabilidade, à coerência e à continuidade do sistema. O efeito vinculante do precedente decorre assim do funcionamento do sistema, encontrando-se arraigado na própria concepção da atividade jurisdicional. Em suma, o efeito vinculante do precedente na *common law* é uma consequência natural do próprio modelo proposto.

Já na *civil law*, esse papel é exercido pela lei. E é esta o ponto de partida para a compreensão do direito. Assim, a jurisprudência (súmula, súmula vinculante), terá sempre função subsidiária na aplicação do direito, sendo invocada para auxiliar na interpretação da lei ou em casos de lacuna desta. Logo, não se tem aqui como natural o efeito vinculante das decisões judiciais. Ao contrário, o seu efeito deve ser meramente persuasivo, uma vez que somente a lei possui caráter vinculante para o aplicador do direito no sistema da *civil law*.

2.4 PREVISÃO LEGAL DAS SÚMULAS VINCULANTES

2.4.1 Emenda constitucional nº 45/2004

O poder constituinte derivado reformador do direito pátrio, no ato de suas atribuições, instituiu, em 8 de dezembro de 2004, por meio da Emenda

⁸⁵ CUNHA, op. cit., p. 54, nota 83.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 82.

Constitucional nº 45/2004, as súmulas de efeito vinculante, com a inserção do artigo 103, “A”, na CF/88⁸⁷. Vejamos o teor do dispositivo:

Art. 103 - A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
[...]

Conforme se verifica na recente reforma constitucional, especificamente no artigo 103 - “A”, trata-se de súmula que tem como intuito, além de uniformizar a jurisprudência pátria acerca de matérias constitucionais, por fim às demandas múltiplas, particularmente àquelas em que é parte a administração pública.

Nesse sentido, Sálvio de Figueiredo expôs que a criação das súmulas vinculantes reflete “a vontade do legislativo de encontrar uma solução satisfatória, que compatibilize os princípios jurídicos com a realizada forense”⁸⁸.

Outrossim, a multiplicação de causas semelhantes, particularmente na justiça federal, também corroboram para a elaboração e introdução de súmulas com efeito vinculante na reforma supra mencionada.

A emenda constitucional supra, determina, ainda, em seu artigo oitavo que “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”⁸⁹.

Isso não significa que todas as súmulas a serem editadas pelo STF terão efeito vinculante, muito menos que as recentes súmulas, submetidas à ratificação, poderão

⁸⁷ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. In: Genesis – **Revista de direito processual civil**. Curitiba. jul./set. 1998. p. 126.

⁸⁹ BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2007. **Vade mecum universitário de direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

vir a tê-lo. Estas, para obterem esse efeito, deverão preencher as mesmas condições fixadas pelo artigo 103 - "A" da CF/88, ou seja: A) versar sobre matéria constitucional; B) as normas a que se referirem devem representar controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública; C) essa controvérsia deve estar ocasionando ou vir a ocasionar grave insegurança ou relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; D) deverão ser submetidas à confirmação por dois terços dos membros do STF; E) deverão ser publicadas na imprensa oficial.

Como se vê, a edição, revisão ou cancelamento da súmula investida de força vinculante, é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, devendo, os demais órgãos do judiciário, assim como a administração pública, em todas as esferas, subordinar-se a mesma.

O novo artigo 103 - "A", da CF/88, modificado pela EC nº 45/2004, estabelece ainda, no § 1º, que a súmula vinculante terá como objetivo a interpretação, a validade, ou a eficácia de normas constitucionais e, para tanto, necessário será que sobre estas exista recente controvérsia entre os tribunais regionais, ou entre estes e a administração pública. Exige-se ainda que esta controvérsia acarrete grave insegurança jurídica e relevante repetição de demandas sobre questão idêntica.

Art. 103 - A: [...]

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Por fim, ressalta-se que a emenda nº 45 fez prevê a possibilidade de cancelamento ou revisão das súmulas vinculantes, devendo, para tanto, seguir o mesmo procedimento para a sua aprovação inicial. E se for o caso, caberá ainda reclamação, a ser versada pelo interessado-prejudicado, contra decisão judicial ou ato administrativo que não a aplicou, quando cabível, ou a aplicou quando incabível.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Desta feita, o STF passará a editar dois tipos de súmula – as antigas, previstas no seu regimento interno, e as súmulas vinculantes – pois não há no texto constitucional alterado nada que impeça a prática anterior.

2.4.2 Lei nº 11.417/2006

A presente lei tem sua gênese no projeto de lei “13”, de janeiro de 2006, o que de plano demonstra o bastante acelerado que foi a sua tramitação no Congresso Nacional (aprovada em 11 meses – 19.12.2006). Aquele projeto de lei, inicialmente apresentado, votado e aprovado no Senado Federal, em primeiro turno (com voto contrário da Senadora Heloísa Helena), e em segundo turno de votação nessa Casa, foi igualmente aprovado, sem debates e sem emendas, em 9 de fevereiro deste mesmo ano, quando então seguiu para a Câmara dos Deputados, já então como projeto de lei nº 6.636/2006, sendo aprovado em turno único, em 30 de novembro de 2006⁹⁰.

Como discorrido no presente trabalho, as súmulas vinculantes foram introduzidas pela emenda constitucional nº 45/2004, sendo regulamentada formalmente pela lei nº 11.417/2006, que além de reproduzir na íntegra o artigo 103 “A” e, seus três parágrafos, trouxe ainda como novidade o alargamento dos legitimados para a provocação de edição, revisão e cancelamento de súmula, outrora sendo os mesmos da Adin (artigo 103, e 103 “A” §2º, ambos da CF/88).

Desta forma, assim fica estabelecido, no artigo 3º⁹¹, da lei supra mencionada, o novo rol dos legitimados:

⁹⁰ TAVARES, op. cit., p. 19, nota 24.

⁹¹ BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Lei da Súmula Vinculantes. **Vade mecum universitário de direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

Art. 3º: São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º **O Município poderá propor**, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

(GRIFOS NOSSOS).

Conforme simples leitura do artigo acima, verifica-se que a lei nº 11.147/2006, trouxe como “novos” legitimados a proporem a edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, perante o STF, o “defensor público-geral da união”, os “tribunais [...]”, e os “municípios”.

Percebe-se, todavia, que aos municípios (§1º, do artigo 3, da Lei da Súmula Vinculante), divergentemente dos demais legitimados, passou a ser exigido que comprovem a sua participação em processo em curso e, que o enunciado de súmula seja posterior ao início deste processo.

Outro novidade da L.S.V., que merece relevo tem pertinência com a possibilidade da súmula vinculante não ter sua eficácia de forma imediata, ou seja, pode-se permitir que ocorra uma restrição dos efeitos vinculantes por tempo a ser estabelecido pelo STF, ou este, estabeleça de plano, o marco inicial para que a eficácia do enunciado da súmula ocorra de fato.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus

membros, ***poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.***
(GRIFOS NOSSOS).

Este dispositivo é, sem dúvida, um dos mais polêmicos da lei em comento, ao permitir que o STF defina, unilateralmente, a restrição temporal dos efeitos vinculantes de súmula editada ou revisada.

Como visto a súmula vinculante introduzida pela emenda constitucional de nº 45/2004 e regulada pela lei infraconstitucional de nº 11.417/2006, apresenta-se como um instrumento destinado à uniformização da jurisprudência. Entretanto, já existem inúmeros instrumentos ou técnicas em nosso ordenamento que, mesmo não possuindo essa finalidade específica (uniformidade através da coercibilidade vinculante), na prática se prestam também a esse papel, v.g., os recursos especial e extraordinário, os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis.

2.5 ASPECTOS FAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Um dos principais pontos exaltados pelos entusiastas da súmula vinculante é, sem dúvida nenhuma, a provável saída para o problema estrutural brasileiro dos sobrecarregados cartórios e gabinetes, onde se registram inúmeros processos, em tese, com a mesma controvérsia constitucional.

Estes simpatizantes, tem-se a impressão de que com a imperatividade das súmulas vinculantes, que deixam de ser mera fonte de interpretação ou orientação, e passam a ter força vinculante sobre todos os demais tribunais e administração pública, haverá, em curto prazo, sensível esvaziamento das sobrecarregadas prateleiras e, por conseguinte, o fim das inúmeras causas idênticas que chegariam aos Tribunais Superiores.

Entendem ainda que com esta interpretação vinculante, dada pelo STF, sobre determinadas controvérsias constitucionais, ocorrerá uma melhora na prestação

jurisdicional, tornando o Judiciário mais célere, porque os julgadores poderiam concentrar-se exclusivamente nas causas individuais e coletivas que exigem tratamento artesanal.

Favorável às súmulas vinculantes, o professor Lenio Streck afirma que:

a enorme quantidade de processos versados sobre matéria idêntica no STF e nos Tribunais Superiores, conforme dados estatísticos, gera insatisfação e perda de legitimidade do Poder Judiciário; diante de tal situação, é bastante razoável a criação da súmula com efeito vinculante⁹².

Um outro ponto favorável é a de proporcionar maior segurança jurídica à sociedade, impedindo a contradição de julgamentos em casos idênticos já decididos no passado.

Neste sentido, aliás, cabe transcrever, outro trecho do discurso de posse da eminente ministra e presidente do Supremo Tribunal Federal, Dra. Ellen Gracie, na qual se posiciona amplamente favorável ao presente instituto.

O princípio da igualdade de todos perante a lei fica arranhado quando tais demandas, porque endereçadas a juízos diversos e aparelhadas por advogados de maior ou menor experiência profissional, recebem soluções desarmônicas. Os dois mecanismos, súmula vinculante e repercussão geral, tem o extraordinário potencial de fazer com que uma mesma questão de direito receba afinal tratamento uniforme para todos os interessados. Em curto prazo, portanto, teremos a solução da maior parte dessas demandas de massa. E, aliviado da carga excessiva que representam os processos repetitivos, o poder judiciário poderá dar trâmite mais célere às causas individuais que exigem tratamento artesanal⁹³.

A súmula vinculante, segundo seus defensores, cristalizará definitivamente a experiência sedimentada, o que entendem ser sinônimo de segurança jurídica, afastando de vez casos corriqueiros como a de determinada câmara decidir, numa certa posição, e, logo em seguida, outra câmara ou a mesma, de um mesmo tribunal, julgar a idêntica questão de forma contrária àquela.

⁹² STECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 143.

⁹³ GRACIE, Ellen. **Discurso de posse da presidência do STF**. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros>. Acesso em: 25 jun. 2007.

Há ainda o entendimento de que com a implementação das súmulas vinculantes, pelo Supremo Tribunal Federal, existirá, assim como ocorre na Corte Superior Americana e na Câmara dos Lordes inglesa, uma não-vinculação *ad eternum* de seus próprios precedentes, podendo, portanto, a partir de novas provocações, reflexões e diversas decisões futuras, alterar a interpretação dada em matéria constitucional e, conseqüentemente, proceder à revisão ao cancelamento da súmula, o que impedirá qualquer forma de engessamento e de paralisia na evolução do Direito, sem, contudo, desrespeitar os princípios da igualdade, da segurança jurídica e da celeridade processual.

Antônio Ferreira Álvares da Silva afirma que as súmulas vinculantes não ofendem a liberdade dos magistrados, e tampouco ocasionarão o seu virtual engessamento.

Nenhuma liberdade é plena. A dos Juízes, como todas as demais liberdades, também não é. É preciso ficar bem claro que, até a vinculação, o Juiz tem plena liberdade para decidir e, depois dela, é também por um ato de liberdade que se submete à uniformização da qual ele próprio faz parte. A limitação provém do exercício de um ato de liberdade. Está, portanto, devidamente legitimada⁹⁴.

No mesmo sentido Alexandre de Moraes se posiciona favorável à súmula vinculante, aduzindo que esta não trará qualquer engessamento ou conseqüente paralisia para o direito pátrio.

tampouco nos parece que a edição de súmula vinculantes poderá acarretar o engessamento e conseqüente paralisia na evolução e interpretação do Direito; a própria história do *stare decisis* afasta essas alegações, pois, entre todos os tribunais, nenhum se notabilizou tanto pela defesa intransigente, polêmica, construtiva e evolutiva dos direitos fundamentais como a Suprema Corte Americana, mesmo adotando o mecanismo de vinculação, não podendo, porém, ser acusada de imutabilidade interpretativa⁹⁵.

Se há um ponto em que a súmula vinculante encontra uma quase unanimidade na doutrina pátria é quanto à possibilidade considerável de reverter o atual quadro do

⁹⁴ SILVA, Antônio Ferreira Álvares da. **Juizados especiais trabalhistas**: juizados especiais de causas trabalhistas. São Paulo: Síntese Trabalhista, n. 213, set. 2003. p. 126.

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 518.

STF, que atualmente conta como seu mais expressivo demandante o Poder Público. Os números falam por si mesmos⁹⁶: entre 1994 a 2004, o STF, com apenas 11 magistrados, dos recursos recebidos, 61% partem da União, seguido pelo INSS com 21,94% e, em terceiro lugar o Estado de São Paulo com 11,59%. Uma vez somados implica dizer que quase 95% de todos os feitos ingressos no STF, na média, são originários do Poder Público. Além disso, estima-se que cerca de 80% das ações abordam matérias decididas anteriormente, várias das quais, inclusive, já sumuladas.

Na verdade, resta claro que esta repetição irracional e inútil de causas, nas mais diversas instâncias, ocorre por insistência dos entes públicos em não se submeterem à jurisprudência dominante das altas cortes, quando em muitos casos as decisões lhe são desfavoráveis, e a probabilidade de êxito, portanto, é mínima.

Sem impedimento, assim mesmo, insiste-se no abuso dos permissivos legais (leia recursos) para ensejar a procrastinação inútil e desgastante dos feitos, prolongando ao máximo a inevitável e tardia derrota até estes desembocarem nos Tribunais Superiores. Como salienta Reis Friede, a:

reforma constitucional permitirá, sem novos processos, a realização da injustiça para os interesses em situação idêntica e reduzirá significativamente a quantidade de processos em tramitação no Judiciário, o que contribuirá para a melhor qualidade da prestação jurisdicional⁹⁷.

No cerne das discussões, sustenta-se ainda a idéia de que haverá harmonia das decisões e, conseqüentemente, das relações jurídicas, eliminando a existência de decisões díspares sobre a mesma questão de Direito. Seria, portanto, a súmula vinculante, um instrumento hábil de inibição de aventuras judiciais daqueles que insistem em discutir matéria já decidida pelo Supremo, inclusive o Poder Público e,

⁹⁶ Dados estatísticos divulgados pela Assessoria Especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal: Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa>>. Acesso em: 26 de junho de 2005.

⁹⁷ FRIEDE, Reis. **Das reformas constitucionais**. Revista dos Tribunais, ano 6, n.º 25, out./dez.1998. p. 74-75.

por outro lado, reduzindo a pressão sobre o Judiciário, agilizando a prestação jurisdicional à sociedade.

É de se notar que, recentemente, as súmulas editadas pelos nossos Tribunais já são consideravelmente aplicadas pelos nossos julgadores, embora não exista sobre estes qualquer vinculação obrigatória.

Assim, o argumento utilizado pelos adeptos das súmulas vinculantes na defesa de uma das críticas feitas, no sentido de que os juízes singulares perderiam a liberdade de decidir, dada a sua obrigatoriedade de aplicação, seriam de que a súmula editada pelos tribunais já ser notoriamente aplicada pelos nossos julgadores sem qualquer vinculação obrigatória, não havendo, portanto, por que temer a sua admissão no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista aquela visar, mormente, a uniformização das decisões judiciais conflitantes sobre determinada matéria, sempre que uma mesma lei ou preceito for interpretado de forma diferente pelos nossos Tribunais.

Por fim, registra-se também que esta parte da doutrina entende ainda que competirá a cada um dos magistrados, ao analisar o caso concreto, a conclusão pela aplicação de determinada súmula ou não, ou mesmo a possibilidade de apontar novos pontos característicos que não se encontram analisados na súmula vinculante ou, ainda, a necessidade de alteração da súmula em virtude da evolução do direito, de maneira semelhante ao que ocorre no direito norte-americano, quando o juiz utiliza-se do mecanismo processual do *distinguishing* – distinção entre o caso concreto e o precedente judicial – para demonstrar que não é o caso de aplicação de determinado precedente na hipótese em julgamento.

Em síntese, os simpatizantes das súmulas vinculantes entendem que a adoção deste instrumento constitucional em nosso ordenamento jurídico irá, na verdade, fundamentar o exercício já habitual de nossos Tribunais, no respeito e adoção dos entendimentos precedentes de súmulas oriundas do Supremo Tribunal Federal, bem como resolver o problema dos inúmeros processos repetitivos, ocasionando, por

consequente, uma melhor prestação jurisdicional, com maior isonomia e segurança jurídica.

Desta forma, verifica-se que com a validação das súmulas vinculantes, pela emenda constitucional nº 45/2004 e, pela lei nº 11.417/2006, aquelas passam a ter força de lei, condicionando, indevidamente, o judiciário, a assumir uma função atípica, qual seja, de legislador ordinário e até constitucional.

2.6 ASPECTOS DESFAVORÁVEIS À ADOÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE

Neste tópico da pesquisa, permite-se examinar a incompatibilidade da súmula vinculante como outros princípios constitucionais, que não o da legalidade, como a da separação dos poderes, do pluralismo político, da tipicidade das leis, do livre convencimento do juiz, do direito de ação, do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e a da imobilização da jurisprudência.

No que tange à separação dos poderes, segundo seus opositores, a súmula estaria proporcionando ao poder judiciário o poder legiferante, significando uma verdadeira usurpação de uma atribuição particular do poder legislativo.

É salutar lembrar que o estado democrático de direito não se realiza de modo pleno sem um judiciário autônomo e satisfatório, que realize efetivamente o cumprimento do texto constitucional e das demais leis infraconstitucionais do país. Contudo, frisa-se que aliado à idéia estado democrático, está a premissa da separação de poderes, como meio eficaz e imprescindível para evitar a formação de um governo absoluto.

Historicamente a teoria da separação dos poderes foi concebida para assegurar a liberdade individual, através da obra “o Espírito das Leis” de Montesquieu. Embora seja clássica esta expressão, é uníssono que o poder do Estado seja uno e

indivisível e, o que realmente deva existir, é uma unidade de órgãos exercendo o poder soberano desta nação, havendo, de fato, uma distribuição de funções.

Tudo isso se deve à cautela maior em proteger a liberdade individual, pois, quanto maior for à centralização do poder, maior será o risco de um governo ser ditatorial, sendo apropriado empregar as funções em um menor número de órgãos. Logo, os poderes legislativo, executivo e judiciário não devem intervir, em regra, uns nos outros. Tais poderes devem ser independentes e autônomos, dentro de seus respectivos encargos.

Desta forma, esta corrente doutrinária argumenta que estamos diante de uma flagrante violação ao princípio da legitimação democrática (ou separação dos poderes), haja vista que o judiciário (*in casu* o STF) irá estabelecer, através das súmulas vinculantes, atribuições “legislativas”, face à eficácia geral e coercitiva deste instrumento, fugindo, portanto, da premissa constitucional da separação e independência dos poderes.

Nesse sentido, o professor Carlos Ayres Britto leciona que a instituição da súmula de efeito vinculante enseja clara violação da premissa da separação dos poderes, ora garantida como cláusula pétrea, por força do artigo 60, § 4º, inciso III, da constituição federal.

a criação da súmula vinculante, com atribuição ao Poder Judiciário, de função típica de outro Poder, equivale a uma desnaturação de qualquer dos princípios eternos correspondentes à sua supressão e à perda da identidade da Carta Magna, que tem, nas quatro matérias do §4º da artigo 60, ‘um conjunto material incindível, porque formador de um bem caracterizado regime constitucional brasileiro⁹⁸.

Há também outro ponto atacado por esta corrente contrária à súmula vinculante, que entende que esta fere o respeito ao princípio do pluralismo político, contido nos fundamentos do estado brasileiro (artigo. 1º, “V”, da CF/88), ao se tentar impor à sociedade o pensamento particular do STF, em matéria de interpretação

⁹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. As Cláusulas Pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: **Perspectivas do Direito Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 175.

constitucional, em detrimento de princípios fundamentais, não se considerando ainda que uma sociedade, tida como democrática, supõe a diversidade de idéias, de ideologias e de pensamentos.

Com esta corrente, Luiz Flávio Gomes aduz que o indevido emprego das súmulas vinculantes no direito pátrio, viola sensivelmente as premissas pétreas do sistema constitucional vigente – engessando a pluralidade de pensamentos, o que é singular dentro de um estado democrático de direito –, haja vista que a justiça almejada socialmente de cada caso concreto não se obtém com métodos de cima para baixo, ao contrário.

A inconstitucionalidade da Súmula Vinculante é evidente. Toda interpretação, dada por um Tribunal a uma lei ordinária, por mais sábia que seja, jamais pode vincular os juízes das instâncias inferiores, que devem julgar com absoluta e total independência. A súmula Vinculante viola a independência jurídica do juiz, isto é, sua independência interna (dentro da própria instituição a qual pertence). O instituto súmula Vinculante pertence à velha (e ultrapassada) metodologia do Direito, que era visto como um sistema jurídico coeso, compacto e seguro. Esse modelo de direito (e de metodologia) típico de Estados autoritários, não levava em conta duas coisas: a) a pluralidade de pensamento dentro do Estado de Direito; b) a justiça do caso concreto. Preocupava mais a beleza do palácio do Direito (sua lógica interna), que a justiça do caso concreto.

[...]

A nova metodologia do Direito está voltada para o caso concreto. Estão perdendo valor as generalizações, o silogismo, os juízos dedutivos etc. o Direito neste princípio de milênio já não tem, preocupação com a padronização (burocrática) da programação jurídica ou da sua aplicação, senão a justiça de cada caso. Importa mais não a programação da norma, senão o âmbito de incidência concreta dela⁹⁹.

No que pertine a virtual segurança jurídica, ocasionada pelo emprego das súmulas vinculantes, não é esta admissível para vedar a oxigenação do direito brasileiro. O direito depende dela para sobreviver. Soluções rápidas, a custa desse oxigênio não podem ser consideradas um avanço, mas sim o término do estado democrático de direito e, por conseguinte, o primeiro passo para a implantação de regimes ditatoriais.

⁹⁹GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes e independência judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 202-203.

Assim, quanto à incompatibilidade das súmulas vinculantes ao princípio da separação dos poderes, verifica-se que, no momento em que uma interpretação de texto normativo tenha eficácia geral, abstrata e vinculante, passará o poder judiciário a atuar como um legislador, de fato, e pior, sem controle, o que ocasionará, por conseguinte, que as súmulas convertam-se em verdadeira reforma constitucional, reduzindo a Constituição Federal à mera fonte subsidiária para o jurisdicionado, pois, no topo da hierarquia das “leis”, estará a “interpretação da interpretação” (leia súmula vinculante).

Não há como negar, também, a violação ao princípio da tipicidade das leis (artigo 59, da CF/88), que deve supor um processo legislativo, abalizado na democracia, ou seja, na vontade popular manifestada através do voto.

Acresce ainda que o poder judiciário (STF), ao editar as súmulas com eficácia impositiva, deverá aplicá-las e aceitá-las com força de lei, surgindo assim, clara usurpação das funções legislativas.

Põe ainda por terra a premissa da independência do poder judiciário garantida no artigo 2º, da Constituição Federal, que, na verdade, também é a independência de cada juiz, no momento em que a súmula vinculante induz a uma decisão hierarquicamente imposta. Dentro dessa visão, salutar lembrar Carlos Maximiliano, que ao examinar as atribuições dos magistrados, aduz que:

Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma fórmula hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprimir elasticidade relativa por meio de interpretação. Os juízes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele, e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; deve ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida¹⁰⁰.

¹⁰⁰ MAXIMILIANO, op. cit., p. 60, nota 67.

No mesmo sentido, Urbano Ruiz entende ainda que a supressão da liberdade jurisdicional dos magistrados fere o artigo 10º da Declaração das Nações Unidas, justamente pela antecedência sobre a qual pende a solução do litígio:

Nos termos do artigo 10 da Declaração da ONU, uma nação é tida como democrática na medida em que tem juízes livres, independentes. Isso não mais ocorreria a partir das súmulas, porque o magistrado não mais teria a liberdade de decidir. Os tribunais superiores já teriam feito isso por ele. Estaria suprimido, ainda, o duplo grau de jurisdição, porque as decisões se concentrariam nas cúpulas, que com antecedência tenham definido a solução do conflito¹⁰¹.

Frisa-se ainda que suprimindo o princípio do livre convencimento do juiz, invalida-se também o exercício da advocacia, que fica limitado e restrito a postular ao Judiciário unicamente a aplicação da súmula vinculante.

Sérgio Sérvulo da Cunha salienta que:

Não tem Constituição o país em que qualquer pessoa, natural ou jurídica, ferida em seus direitos constitucionais, não pode pedir proteção ao juiz do lugar. Regimes de controle concentrado não se estabelecem para guarda da Constituição, mas para a preservação do poder. O controle concentrado, que já não é feito pelo povo (por iniciativa dele), também não é do povo, nem para o povo¹⁰².

Por fim, Luiz Flávio Gomes, dentre os mais ardorosos defensores da liberdade plena dos magistrados acerca das decisões jurisdicionais, argumenta que:

Ninguém pode impor ao juiz qualquer orientação sobre qual deve ser a interpretação mais correta. Aliás, é muito comum que um texto legal, pela sua literalidade confusa, permita mais de uma interpretação. De todas, deve prevalecer a que mais se coaduna com os princípios constitucionais (sobretudo o da razoabilidade). Mas o juiz sempre tem a liberdade de escolha, dentre todas as interpretações possíveis¹⁰³.

Como visto, as súmulas vinculantes ferem, de igual modo, o princípio do livre convencimento do juiz (ou da independência funcional), pois este deve, na atribuição de suas funções, ser completamente livre para julgar, preso, apenas, às suas

¹⁰¹ RUIZ, Urbano. **Reforma do judiciário e súmulas vinculantes**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004. p. 21.

¹⁰² CUNHA, op. cit., p. 206, nota 83.

convicções e às provas dos autos, não podendo, portanto, ficar asfixiado, engessado ou muito menos subordinado a um entendimento sumular.

O corrente emprego da súmula de efeito vinculante amplo, segundo seus opositores, inibirá, o direito de ação (da inafastabilidade) e do acesso à justiça, ou seja, o jurisdicionado, antes mesmo de qualquer pretensão deduzida em juízo, já terá a dissolução sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, devido ao efeito vinculante das súmulas, operando-se como verdadeiros pré-julgados, ficando, desta feita, os juízes singulares impedidos de manifestar sua livre decisão, diante do caso concreto, haja vista a obrigação funcional da aplicação da interpretação pré-estabelecida.

Mais que isso, no entender desta corrente, a controvérsia deixa de ser submetida ao juiz singular, que asseguraria ao cidadão a devida apreciação de lesão ou ameaça a direito, para se obrigar a solucionar o litígio de acordo com outra decisão, sedimentada pelo STF, que não participou no processo, configurando-se uma negação ao cidadão do direito de ver seu litígio julgado pelo juiz originariamente competente.

No caso, diz-se que esta demanda estará sendo julgada, mesmo que indiretamente, pelo STF, que sequer teve acesso à causa (as partes, as provas produzidas e ao caso concreto). Na hipótese de ser interposto qualquer expediente recursal, entende-se ainda que este não será sequer conhecido, devido à “decisão inferior” estar consoante com a súmula editada, enquanto o juiz prolator da sentença não passará de mero servidor, cuja opinião e poder decisório estarão subordinados à tese sumulada.

Assim, nesta linha de argumentação, tem-se que ao Poder Legislativo cabe a produção das normas, ao passo que a prestação do magistrado reside justamente em interpretá-la, no momento de sua aplicação ao caso concreto. E, uma vez retirada essa função interpretativa, através das súmulas vinculantes, estará integralmente excluída da relação jurídica a figura do juiz, pois, ao mesmo caberá, simplesmente, laborar no sentido de aplicar, em cada caso, o efeito vinculante da súmula posta.

¹⁰³ GOMES, op. cit., p. 202, nota 99.

De igual modo, resta frisar que o trabalho interpretativo, de adequação ou não da súmula ao caso concreto, é função jurisdicional, o que presume independência e imparcialidade. Ocorre que até concluir pela aplicabilidade ou não da súmula, o juiz desenvolverá sua função exegética, entretanto esse exercício cessará no momento em que se verificar que o caso em tela é compreendido pela súmula vinculante, daí não lhe resta alternativa senão adequar à interpretação definida no precedente sumular.

Com este talante, José Anchieta da Silva ilustra de forma clara que a limitação presente no emprego da súmula vinculante, no direito pátrio, soa como uma restrição velada ao direito de ação, ou seja, “se determinado cidadão, entendendo-se injustiçado vê inviabilizado o seu pleito por obstrução técnica de uma súmula vinculante em seu caminho, a ele estar-se-á negando o processo”¹⁰⁴.

Pois bem, uma vez editada a súmula vinculante, o Estado passa a ser o titular de um direito contra todos os cidadãos compreendidos horizontalmente naquela situação versada, ocasionando, por conseguinte, ofensa ao princípio constitucional da inafastabilidade, que terá ocorrido não por iniciativa do jurisdicionado, mas por ato discricionário do STF.

De mais a mais, nem mesmo a regra do precedente do sistema anglo-saxão, que, aliás, serviu de paradigma para a criação, no direito brasileiro, das súmulas vinculantes, segue a mesma lógica do modelo proposto. A técnica dos precedentes (*stare decisis*) tem sentido na *commom law*, porque, como o próprio nome aduz, o direito é feito pelos tribunais, sendo, portanto, essa a regra legal estabelecida. É lógico que juízes da *common law* estão subordinados a estes precedentes jurisprudenciais, da mesma forma que os juízes da *civil law* estão subordinados à lei feita pelo Legislativo.

¹⁰⁴ SILVA, op. cit., p. 28, nota 78.

Nestes sistemas, inclusive, os magistrados podem interpretar a sua fonte primária (a lei ou a jurisprudência), e aplicá-la aos casos concretos com ampla liberdade e independência e, se for o caso, até mesmo criticar a posição majoritária. Aliás, grandes avanços no sistema da *common law* e na *civil law* ocorreram a partir de votos vencidos.

Assim, o modelo fechado proposto pela súmula vinculante, conforme estabelecido no artigo 103-A, da CF/88, desatende o modelo constitucional brasileiro de soberania popular (artigo 14, III, da CF/88), de forma direta, ou por representantes eleitos.

No mesmo entendimento, perfilha Luiz Flávio Gomes, que aduz:

concentrar a interpretação consiste na possibilidade da existência de um certo tipo de 'direito aristocratizado'. Pior ainda: "quando os Tribunais Superiores, como é o caso do nosso Supremo Tribunal Federal, são compostos pelo sistema de simples escolha político-partidária, pela cooptação, em suma, não se pode descartar o grande risco da jurisprudência 'partidarizada' [...]. E não existe nenhuma garantia de que no futuro não seja a Colenda Corte 'partidarizada', 'instrumentalizada' e com isso, toda a Magistratura passa a ser subserviente. [...]. Ademais, como bem enfatizou Wilson Zauhy Filho, a história jurídico-política não deixa dúvida de que o monopólio de interpretação da leis, particularmente, no plano do direito constitucional, é característica dos regimes que possuem aversão ao Poder Judiciário, ou dos regimes que defendem a 'estadolatria', a exemplo dos países do bloco comunista, onde a experiência do controle de constitucionalidade foi inaugurada pela Constituição da Iugoslávia, 1963¹⁰⁵.

Há também o entendimento de que a súmula vinculante imobilizará a jurisprudência pátria, comprometendo, desta forma, todo sistema jurídico, diante de um constrangimento à liberdade interpretativa.

Como se sabe, a jurisprudência é um produto coletivo que, com a pluralidade dos fatos, vai desdobrando o potencial normativo da lei, compondo um outro corpo, o

¹⁰⁵ GOMES, op. cit., p. 71, nota 104.

qual conterà o repertório das decisões judiciais proferidas com base nesse ordenamento.

Porém, no sistema brasileiro, a primeira fonte do direito é a lei, em que o magistrado, quando do desempenho de suas atribuições, precisa distinguir, dentre as leis existentes, qual ou quais contemplam, abstratamente, aquele fato determinado, avaliando ainda o exato sentido e alcance da lei face àquele fato concreto. Ora, aqui se vislumbra a ciência da interpretação, ou seja, a hermenêutica jurídica.

Desta forma, com o emprego impositivo das súmulas vinculantes, esta diligência funcional pelo juiz singular ficará em segundo plano, pois deverá preliminarmente adequar o caso posto à súmula sedimentada, restando flagrante o totalitarismo do órgão da cúpula judicial (STF), como compreendido por Eros Grau, ao se posicionar contra os efeitos vinculantes.

nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação de totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar, e que, afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo à restauração da sua eficácia¹⁰⁶.

De mais a mais, a súmula vinculante não se adapta ao sistema jurídico brasileiro, que assegura o devido processo legal. Ora, a força vinculante da súmula irá limitar a exposição dos fatos em juízo, bem como a devida produção das provas e o debate do direito, haja vista o engessamento do juiz singular, atrelado exclusivamente à súmula sedimentada. Tais acontecimentos afrontam as irrevogáveis prerrogativas de cidadania, segundo as quais às partes são assegurados o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, “LV”, da CF/88).

Sobre este contexto, Cintra, Grinover e Dinamarco bem exprimem o conceito do princípio do devido processo legal:

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, ano 1, n.º 3, mai./out. 1997. p. 78.

o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição¹⁰⁷.

O princípio do livre convencimento do juiz também pode ser chamado de princípio da livre persuasão do magistrado. De acordo com Cintra, Grinover e Dinamarco “tal princípio regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção”¹⁰⁸.

O juiz singular não está desvinculado das especificidades existentes nos autos, devendo, assim, decidir com base nas provas e elementos pertinentes ao caso concreto. Portanto, cabe assinalar que o livre convencimento do juiz e, conseqüentemente, o duplo grau de jurisdição, não devem estar vinculados à súmula editada pelo STF, e sim na observância dos ditames legais.

No que se refere ao princípio do duplo grau de jurisdição, pode ser este definido como:

a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo Juiz de primeiro grau (ou primeira instância), que corresponde à denominada jurisdição inferior. Garante, assim, um novo, julgamento, por parte dos órgãos da ‘jurisdição superior’, ou de segundo grau também denominada de segunda instância¹⁰⁹.

Não se pode, entretanto, esquecer que este princípio está embasado na probabilidade da decisão do juiz singular ser injusta ou equivocada, daí decorre a previsão de permitir sua reforma em grau de recurso.

¹⁰⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 82.

¹⁰⁸ Ibid., p. 67.

¹⁰⁹ GOMES, op. cit. p. 73, nota 99.

Veja-se que aqui também há uma discrepância entre o princípio do duplo grau de jurisdição e a súmula vinculante, uma vez que seria em vão o recurso interposto pela parte interessada, porque a decisão final do STF já seria antecipadamente conhecida.

Destarte, o que poderia ocorrer, v.g., seria um caso em que o jurisdicionado postulasse em juízo determinado direito e, na sentença, o juiz, apesar de não convencido pela súmula vinculante, julgasse a ação conforme esta, o que é contrário ao esperado pela parte e que, após o recurso impetrado pela parte ao tribunal superior, o processo teria fim com um simples despacho do relator, que ratificaria o presente recurso como contrário à decisão proferida pelo STF, inviabilizando, por completo, o duplo grau de jurisdição, porque, como no caso hipotético, o magistrado singular julgou segundo a súmula e não de acordo com as provas existentes nos autos.

Exatamente pela ausência de concretude das premissas fundamentais, ora expostas, que vale trazer à colocação que a súmula de efeito vinculante também afronta o princípio do acesso à justiça estabelecido na CF/88. Neste contexto, Cintra, Grinover e Dinamarco aduzem sobre o acesso à justiça:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a proporcionar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em 'acesso à ordem jurídica justa'. *Acesso à justiça* não se identifica, pois, com a mera *admissão ao processo*, ou possibilidade de ingresso em juízo [...]¹¹⁰.

E, ainda, expressam:

¹¹⁰ CINTRA, op. cit., p. 33, nota 107.

Contudo, neste estudo, cumpre analisar somente os aspectos da admissão ao processo, ou ingresso em juízo, onde deve-se buscar efetivar a possibilidade jurídica do interessado à ingressar em juízo, e, mais que isso, analisar sua pretensão; ou do acesso às decisões justas, onde [...] o juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo [...]¹¹¹.

De mais a mais, não se pode, ainda, desconsiderar o fato de que, pela tradição nacional, a constituição dos tribunais superiores, sobretudo do STF, não se faz por critérios objetivos (artigo 101, da CF/88). Pelo contrário, não são raras as nomeações de ministros baseadas na afinidade político-partidária com o chefe do poder executivo.

Na maioria dos casos genuinamente relevantes para o interesse público que foram na história recente submetida à última instância judicial, a decisão do STF se aproximou mais do interesse do governo que propriamente da vontade pública, fato que justifica o descrédito inicial com as súmulas vinculantes que têm por escopo a isonomia e a segurança jurídica.

Entende-se que o melhor caminho é o de dar à súmula a força de orientação, já existente na definição atual, e não o da vinculação funcional.

Aliás, entende-se que não é a súmula vinculante, a solução para o asoerramento do Judiciário que, na verdade, está emperrado em todas as instâncias, não por ausência de isonomia de suas decisões, mas, sobretudo pelo fato do Estado ser um dos maiores demandantes, mormente pela sua omissão de efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos.

Não parece também que as súmulas vinculantes venham reduzir o acúmulo de recursos naquela corte, pois está previsto no artigo 103-A, § 3º, da CF/88 que se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o STF que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou

¹¹¹ Ibid., p. 35.

cassará a decisão reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Na verdade, há uma mera troca de meio de impugnação, ou seja, passa a ser “reclamação” ao invés de recurso ordinário ou extraordinário. Além disso, entende-se que o excesso de ações e de recursos envolvendo o próprio Estado, a ausência de políticas públicas de distribuição de riqueza, emprego, habitação, saúde, educação, segurança, assistência e justiça social, de atribuição dos outros poderes, faz com que o Judiciário seja mais demandado do que seria numa sociedade que não vive a crise em que se encontra o Estado brasileiro.

3 A SÚMULA VINCULANTE E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE

No decurso desta pesquisa foi percebido claramente que o cerne doutrinário envolvendo as súmulas vinculantes e os princípios constitucionais, em especial, o princípio da legalidade, encontra-se, direta e indiretamente, envolto nos dois grandes modelos de sistemas jurídicos que se conhecem, ou seja, o modelo do Direito codificado-continental (*civil law*) e o modelo do precedente judicial anglo-saxão (*common law*).

Verificou-se que no Direito pátrio, sucessivas foram as tentativas no sentido da adoção da vinculação dos julgados, não sendo, portanto, diferente com a súmula vinculante. Contudo, filia-se à doutrina que labora no sentido de que tais idéias deveriam ter sido abandonadas tão logo surgiram, em atenção à coexistência de dois fatores.

A uma porque o direito brasileiro filia-se ao sistema jurídico codificado (*civil law*), que tem a lei como fonte primária e alicerce de toda sua ordem jurídica. A duas, porque a lei (genérica, abstrata e impessoal) representa a legítima vontade geral, ou seja, para a sociedade pátria é esta a verdadeira fonte material do Direito.

Ademais, neste modelo jurídico, prima-se pela ciência da interpretação (hermenêutica jurídica), em que os magistrados, vinculados exclusivamente às leis existentes, laboram no sentido de contemplar o adequado sentido desta e, conseqüentemente, aplicá-la ao caso concreto.

De igual modo, percebe-se que das premissas fundamentais da separação dos poderes do Estado, do Estado democrático de direito e da legitimidade, surge o princípio da legalidade, onde apenas o poder legislativo possui legitimidade para produzir ato normativo geral, visto a sua autêntica representatividade democrática junto à sociedade.

Cabe lembrar, novamente, que o princípio da legalidade foi idealizado e materializado quando da promulgação da CF/88, que tinha por escopo combater o poder arbitrário do Estado ditatorial que foi sucedido na época, estabelecendo, para tanto, que somente por meio das espécies normativas, devidamente organizadas de acordo com as regras do processo legislativo, poder-se-iam criar obrigações para o jurisdicionado, pois a lei passava a ser a singular expressão democrática da vontade popular.

O princípio da legalidade, portanto, é a consagração da lei como fonte suprema do Direito. Toda a atividade deste princípio fica condicionada à lei, entendida esta como expressão da vontade geral, que só se consolida num regime de separação de poderes, em que a norma positivada seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular.

A legalidade preconizada nesse princípio exprime fundamentalmente a observância das leis, ou seja, o procedimento social, político e jurídico devem estar em consonância estrita com as leis estabelecidas. Em outras palavras, todo poder estatal deverá atuar sempre em consonância com as normas vigentes.

Deste modo, aceitar que “a interpretação de texto normativo” (súmula vinculante) tenha eficácia geral, abstrata e vinculante, é conceder, indevidamente, ao poder judiciário (leia STF), atribuição legiferante, usurpando, destarte, competência funcional exclusiva do legislativo.

Neste sentido, cabe lembrar a obra específica de Mauro Cappelletti – Juízes Legisladores? – onde estabelece a diferenciação da “função criadora do direito” entre os poderes legislativo e judiciário:

O legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não

qualitativamente diversa da do juiz [...] ambos constituem processos de criação do direito¹¹².

Percebe-se que este doutrinador distingue o exercício legislativo do judicial, sendo que o primeiro interpreta os anseios sociais e cria as normas jurídicas, ao passo que o segundo, diante do anseio de uma demanda posta, interpreta e aplica a lei genérica ao caso concreto, estabelecendo direitos, através de uma decisão judicial. É aí que reside a “função criadora” destes poderes.

Ressalte-se que a “criação de direitos”, pelo poder judiciário, aduzida por Cappelletti, tem relação com a liberalidade funcional do magistrado na interpretação da norma jurídica, quando de forma livre, avalia as provas dos fatos envolvidos na demanda, associado à dialética do contraditório. Assim, o termo “criação judiciária” tem pertinência com a aplicação e concretização material da norma abstrata, ao caso concreto, e não de criação material de normas sociais.

Indo além, expõe Cappelletti sobre a possibilidade dos tribunais estabelecerem “diretivas gerais vinculantes” e posiciona-se veementemente contrário a tal prática, por entender que os precedentes vinculantes ferem a estrutura organizacional previamente estabelecida junto às normas-princípios.

Quando os tribunais operassem com o poder de emanar diretivas gerais vinculantes, aproximar-se-iam mais de uma competência legislativa do que judiciária, especialmente quando isso ocorresse em sede de controle abstrato de constitucionalidade, sem qualquer conexão com determinado caso concreto¹¹³.

De mais a mais, não há também como negar que esta imperatividade e coercibilidade concedida à súmula vinculante viola a tipicidade constitucional das leis (artigo 59, da CF/88), que pressupõe um processo legislativo, abalizado na democracia, ou seja, na vontade popular manifestado através do sufrágio universal.

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 27.

Registra-se ainda que, na técnica do modelo da *common law*, como o próprio nome aduz, as fontes primárias deste Direito são construídas pelos tribunais, através dos costumes (*bill of rights*) e da jurisprudência (*stare decisis*), ao passo que, no *civil law*, a fonte primária do Direito (a lei) é feita, exclusivamente, pelo poder legislativo.

Desse modo, seja pelo modelo jurídico adotado pelo direito pátrio (*civil law*), onde resta estabelecido como premissa fundamental a exclusiva submissão à lei (*stricto sensu*) seja pelo princípio constitucional da legalidade (que estabelece a normatização das condutas sociais através de leis), não há que se reconhecer às súmulas vinculantes (fonte mediata do direito) o *status* de norma legal, mas sim de mera fonte de interpretação.

Ressalte-se ainda que, quer seja na *civil law* quer seja na *common law*, o juiz será sempre um intérprete: intérprete dos textos vigentes nas leis e nos códigos, ou intérpretes dos precedentes, intérpretes dos valores vigentes na sociedade, em suma, o juiz não é um legislador¹¹⁴.

Desta forma, o modelo fechado desenhado no artigo 103-A, da CF/88, vai de encontro das premissas fundamentais da tripartição dos poderes, da legitimidade, do estado democrático de direitos, que têm como desdobramento constitucional o princípio da legalidade, que estabelece na “lei” o único instrumento legal capaz de impor, de forma vinculante, o seu fiel cumprimento.

Assim, quer seja pelo fato do princípio da legalidade ser a base do sistema jurídico adotado pelo Direito pátrio (*common law*), quer seja pelo fato deste princípio ser uma consequência dos princípios fundamentais (separação dos poderes, legitimidade e estado democrático de direitos), não há como negar a flagrante incompatibilidade da súmula vinculante com aquele princípio, pois a proposta deste instrumento é ser a “interpretação da interpretação” da lei genérica, sobre a qual não caberá outro

¹¹³ Ibid., p. 81.

¹¹⁴ Ibid., p. 13.

entendimento (leia cumprimento social), sobrepondo-se, inclusive, à norma constitucional e à sua interpretação.

Cabe lembrar, novamente, que no poder judiciário não há uma autoridade superior, com poderes para expedir ordens de serviço, como ocorre, por exemplo, na administração pública, onde autoridades administrativas podem expedir ordens de serviço. Assim, percebe-se que as súmulas vinculantes consistem, de forma dissimulada, em uma ordem de serviço, modificando a natureza funcional do poder judiciário.

Por tudo isso, sustenta-se que pouco se ganhará com a adoção da súmula vinculante e o preço será alto, porque a grandeza do judiciário repousa, em boa parte, sobre a liberdade, que é também um dever, de o juiz julgar segundo sua consciência, o que difere da competência funcional que se quer emprestar com as súmulas vinculantes (“com ordens de cima pra baixo”), obrigando operadores do direito e partes (cidadão) a reportar-se à força deste instrumento, restando à lei genérica (Constituição) ser mera fonte secundária do direito.

A nova metodologia do Direito está voltada para o caso concreto. Estão perdendo valor as generalizações, o silogismo, os juízos dedutivos etc. Nesse princípio de milênio, o Direito já não tem preocupação com a padronização (burocrática) da programação jurídica ou da sua aplicação, senão com a justiça de cada caso; Importa mais não a programação da norma, senão o âmbito de sua incidência concreta.

3.1 A REFORMA CONSTITUCIONAL DISSIMULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL POR MEIO DAS SÚMULAS VINCULANTES

É inconteste o antagonismo entre o modelo jurídico do direito pátrio (*civil law*), com o instrumento súmula vinculante, que mais se aproxima do modelo *common law*

(precedentes jurisprudenciais), visto que, no sistema codificado, atende-se ao pensamento abstrato e dedutivo, estabelecendo premissas e conclusões por meio de processos lógicos, visando estabelecer normas gerais organizadoras, enquanto o modelo proposto pela súmula vinculante centraliza-se, intensamente, com a primazia da decisão judicial, ao passo que aquele (direito codificado) está fundamentado essencialmente na norma-lei.

Outrossim, não há como negar que os precedentes jurisprudenciais do modelo da *common law* serviram como referência para a concepção, no direito pátrio, das súmulas vinculantes. Contudo, este instrumento constitucional fere de morte algumas premissas fundamentais, pois ocasionará, indubitavelmente, que as súmulas convertam-se em verdadeira reforma constitucional, reduzindo a Constituição Federal à mera fonte subsidiária para o jurisdicionado, pois, no topo da hierarquia das “leis” estará a “interpretação da interpretação” (leia-se súmula vinculante).

Ademais, cabe lembrar que toda interpretação deve ser dotada de duas características, ou seja, a imparcialidade e a impessoalidade. Frisa-se, contudo, que não há de se falar em neutralidade da interpretação, pois seria algo quase que impraticável que um ser humano fosse neutro, deixando de lado suas convicções pessoais quando da interpretação de um texto legal.

Entretanto, perfilha-se do entendimento de que a interpretação deve apresentar-se sempre de forma clara, uma vez que não trata-se de atividade matemática que possa apresentar uma fórmula exata do alcance do texto, sob o processo de hermenêutica.

Há de se distinguir ainda que inexistem expressões inteiramente precisas, que correspondam precisamente o que se pensou ou o que se quer dizer. Basta observar, v.g., o termo sinônimo, o qual significa “palavra que tem quase a mesma

significação de outra”¹¹⁵; logo, conclui-se que as palavras não são unívocas, mas sim plurívocas.

Outrossim, mesmo que a linguagem se mostre clara, admitindo uma interpretação precisa, é necessário reconhecer que “toda lei tem seu espírito, e que este espírito há de ser explícito em alguns contornos e implícito noutros”¹¹⁶. Portanto, retomando Montesquieu, devemos “encarar a letra da lei como fruto da obra humana, com toda a sua imperfeição”¹¹⁷.

Toda interpretação, produzida por um tribunal, de uma norma legal, por mais apropriada que seja, jamais poderá ter eficácia vinculante sobre os demais juízes de instâncias inferiores, que devem julgar com absoluta e total independência. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que “a inconstitucionalidade da súmula vinculante é evidente”¹¹⁸.

Em síntese, o ingresso indevido das súmulas vinculantes traz para a sociedade jurídica um conjunto de “normas legais” emanadas de um poder não sujeito ao controle popular, como ocorre com o poder legislativo.

No mesmo sentido, Estevão Mallet, conclui que:

como prevalece o entendimento de que a sentença não cria direito novo, apenas interpreta direito já existente, acabará a jurisprudência obrigatória, forçosamente, por ser invocada mesmo de modo retroativo, para situações ocorridas antes até de sua consolidação, o que – não é difícil perceber – comprometendo, consideravelmente, a estabilidade das relações sociais e mesmo a segurança dos cidadãos¹¹⁹.

¹¹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 1586.

¹¹⁶ MAXIMILIANO, op. cit., p. 11, nota 67.

¹¹⁷ Ibid., p. 11.

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 202.

¹¹⁹ MALLET, Estevão. **Algumas linhas sobre o tema das súmulas vinculantes**. São Paulo: Revista Consulex, nº 11, 1997. p. 23.

No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes, finaliza seu posicionamento acerca da súmula vinculante:

A súmula vinculante é instrumento do Direito do segundo milênio. Não serve para guiar a Justiça do terceiro milênio. Institutos da era analógica não são úteis para a Justiça da era digital. É um atraso e grave retrocesso. Faz parte de uma ética tendencialmente autoritária, de uma sociedade militarizada, hierarquizada. A justiça de cada caso concreto não se obtém com métodos de cima para baixo. O contrário é que é o verdadeiro. O saber sistemático (generalizador) está dando lugar para o saber problemático (cada caso é um caso). Por isso é que devemos nos posicionar contra ela¹²⁰.

Assim, considerando-se que as súmulas vinculantes tratam-se de forma dissimulada de reforma constitucional, vale trazer a colação as três primeiras súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 2007, para comprovação desta constatação.

Súmula nº 1 (FGTS):

Enunciado: “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”.

Esta súmula na verdade, trata do caso em que alguns juizes, quando julgavam ações sobre os expurgos do FGTS, menosprezavam o acordo (contrato de adesão) estabelecido entre a Caixa Econômica Federal e o cidadão. Assim, com a vênia e ressalva da segurança jurídica ocorrida quando de ato jurídico perfeito e acabado, entendemos que a presente súmula foi editada, na verdade, para atender aos interesses do governo federal (executivo), que através do órgão gestor das contas de FGTS dos trabalhadores, não repassou devidamente as diferenças relativas aos pagamentos feitos a menor das correções monetárias expurgadas e relativas ao plano verão (42,72%), em janeiro de 1989, e ao plano collar (44,80%), em abril de 1990, conduzindo, de forma maliciosa, contratos de adesão junto aos trabalhadores, que abrissem mão de ingresso judicial, lesando estes, em duplicidade, do *quantum* devido.

¹²⁰ Gomes, op. cit., p. 204, nota 118.

Neste sentido, cabe lembrar que as turmas recursais dos juizados especiais federais da seção judiciária do Estado do Rio de Janeiro, através do enunciado nº 21, fomentaram que:

Enunciado 21:

o trabalhador teria direito às diferenças do FGTS porque os acordos que celebraram seriam nulos, uma vez que o trabalhador não contava com a celeridade dos juizados especiais e os assinara para evitar a demora da justiça comum.

Também se sustentou que os beneficiários prejudicados com os expurgos inflacionários, não haviam sido suficientemente informados, sendo, portanto, enganado pela propaganda do governo federal, por não conhecerem conceitos básicos daquela transação.

Essa súmula teve como precedentes: RE 418.918, Rel.^a Min. Ellen Gracie, *DJ* de 1º.07.2005; RE 427.801-AgR-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 02.12.2005; RE 431.363- AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 16.12.2005.

Súmula nº 2 (Bingos e loterias):

Enunciado: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

Essa súmula teve por escopo declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo Distrital ou Estadual que regule matéria relativa a consórcio, bingo, sorteios e loteria. Esta teve como fundamento legal o princípio da reserva legal esculpido no inciso “XX”, do artigo 22 da CF/88, que somente a União cabe o direito de legislar sobre esses assuntos. Entende-se que esta tenha finalidade pedagógica, de impacto publicitário ao repúdio do alto tribunal ao desrespeito à lei e aos abusos judiciais. Entretanto, lembramos que o artigo 32, do decreto-lei nº 204/1967, que validou loterias criadas por leis estaduais, não foi expressamente revogado, trazendo a tona divergência se a súmula pretendeu ou não encerrar as atividades de loterias antigas, criadas por leis estaduais.

Essa súmula teve como precedentes: ADI 2.847/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26.11.2004; *DJ* de 24.02.2006; ADI 3.147/PI, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 22.09.2006; ADI 2.996/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 29.09.2006; ADI 2.690/RN, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 20.10.2006; ADI 3.183/MS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 20.10.2006.

Súmula nº 3 (Processo administrativo no TCU):

Enunciado: “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.

Esta súmula vem corroborar o inciso “LV”, do artigo 5º, da CF/88, ou seja, a todos será assegurado à ampla defesa e ao contraditório. Contudo, a crítica sobre esta súmula reside no contra-senso do próprio objeto jurídico das súmulas vinculantes, que em regra, não oportunizam ao jurisdicionado a ampla produção de provas, para o caso concreto sumulado, haja vista serem os juízes singulares obrigados a cumprir esta, em detrimento das provas colacionada nos autos.

Essa súmula teve como precedentes: MS 24.268, Rel.^a orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 17.09.2004; MS 24.728, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 09.09.2005; MS 24.754, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 18.02.2005; MS 24.742, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 11.03.2005.

CONCLUSÃO

A grande angústia do presente trabalho (problema principal) foi a verificação da compatibilidade da súmula vinculante com o princípio constitucional da legalidade. Para tanto, necessário foi o enfrentamento de outras questões pertinentes ao tema (problemas secundários).

Assim, obedecendo à lógica metodológica proposta, cabe lembrar as conclusões das hipóteses previstas, para então finalizar com a resposta obtida nesta dissertação.

No chamado mundo pós-moderno, os dogmas positivistas cederam lugar ao pluralismo e à garantia das liberdades, e o juiz deixou de ser o mero aplicador da lei, para integrá-la socialmente, laborando de forma crítica em nome do poder judiciário.

Assim, ao princípio constitucional da legalidade, compete o complexo trabalho de dar coerência, sistematicidade e unidade ao texto constitucional, haja vista o seu objeto jurídico, ou seja, estabelecer normas estáveis, que refletissem o anseio popular, e que fossem capazes de frear a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder era absolutista ou tirano.

Cabe lembrar que do princípio da legalidade desdobra-se o princípio da reserva legal, sendo que a diferença entre estes consiste em considerar que, enquanto o primeiro envolve uma questão de cominação legal e infralegal (v.g., decretos, medidas provisórias, leis delegadas), o segundo envolve uma questão de competências.

Neste sentido, aliás, foi verificado que a expressão “em virtude de lei” não pode ser conjugada isoladamente, devendo ser compatibilizada com todo o sistema constitucional vigente, mormente em função das regras de distinção de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade estabelece a previsão de competência geral do poder legislativo para legislar sobre matérias

genericamente indicadas, de sorte que a idéia inicial está em que só este poder tem a legitimidade para instituir regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal.

Ressalte-se que a classificação dada pelo direito pátrio às leis, como fonte imediatas (primária), deve-se, essencialmente, ao modelo jurídico adotado pelo direito pátrio (romano-germânico), que privilegia a codificação escrita das normas sociais, editadas pelos legitimados representantes do povo, seja por meio do poder constituinte originário seja por meio do decorrente.

Foram percebidas a importância e a interligação do princípio constitucional da legalidade com os princípios fundamentais, na formação de uma unidade sistemática do texto constitucional. Assim, significativa foi a leitura de outros, para se formar o entendimento sobre a incompatibilidade das súmulas vinculantes com aquele.

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, constatou-se a sua conexão com os princípios do direito à vida e da legalidade, pois o constituinte de 1988 não concebeu a idéia de direito à vida humana sem dignidade (saúde, trabalho, moradia, educação, prestação jurisdicional e etc), e dignidade humana pressupõe regras postas por legítimos representantes eleitos pelo povo (poder legislativo). Assim, não há como negar que as súmulas vinculantes, devido a sua carga impositiva, a exemplo das leis, implicam grave desvio do objeto estabelecido no princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, do princípio da legalidade em sentido estrito.

De igual modo, percebeu-se que as súmulas vinculantes, por causa do efeito vinculante, vão de encontro ao princípio da separação dos poderes e, ao sistema de freios e contrapesos, pois estas “súmulas” concederiam ao poder judiciário atribuição legiferante, o que é exclusivo do poder legislativo e, excepcionalmente do poder executivo.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da legalidade tem na legitimação dada ao poder legislativo (artigo 59, da CF/88) a atribuição exclusiva da edição de normas vinculantes.

Foi verificado ainda no modelo jurídico da *civil law*, no qual se situa o direito brasileiro, a sua fonte primária (imediata): a lei; e na *common law*, o precedente judiciário ocupa tal destaque, ou seja, enquanto no primeiro o juiz está adstrito à lei, no segundo ele faz a lei (precedente judicial).

Assim, foi possível verificar que na *civil law*, a lei é o ponto de partida para a compreensão do direito, ao passo que a jurisprudência, a súmula e a súmula vinculante possuem função subsidiária na aplicação do direito, sendo invocadas para auxiliar na interpretação da lei ou em casos de lacuna desta.

Percebeu-se que tanto as súmulas vinculantes quanto as súmulas impeditivas de recurso trazem ao jurisdicionado problemas de ordem pragmática e hermenêutica, quando de sua aplicação, haja vista que aceitar que “a interpretação de texto normativo” (súmula vinculante) tenha eficácia geral, abstrata e vinculante, é conceder, indevidamente, ao poder judiciário (leia-se STF), atribuição legiferante, usurpando, destarte, competência funcional exclusiva do legislativo.

Compreendeu-se que o exercício do poder legislativo difere-se do cumprido pelo poder judicial, sendo que o primeiro interpreta os anseios sociais e cria as normas jurídicas, ao passo que o segundo, diante do anseio de uma demanda posta, interpreta e aplica a lei genérica ao caso concreto, estabelecendo direito, por meio de uma decisão judicial. É aí que reside a “função criadora” destes poderes.

Não houve como negar também que a imperatividade e a coercibilidade concedidas à súmula vinculante violam a tipicidade constitucional das leis (artigo 59, da CF/88), que pressupõe um processo legislativo, abalizado na democracia, ou seja, na vontade popular manifestada por meio do sufrágio universal.

Assim, concordando com CAPPELLETTI, quer seja na *civil law*, quer seja na *common law*, “o juiz será sempre um mero intérprete: intérprete dos textos vigentes nas leis e nos códigos, ou intérpretes dos precedentes, intérpretes dos valores vigentes na sociedade” ¹²¹, em suma, o juiz não é um legislador.

De mais a mais, foi percebido que as súmulas vinculantes tratam de forma dissimulada de reforma constitucional (“interpretação da interpretação”), o que, inclusive, foi constatado com a análise das três primeiras súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, em 30 de maio de 2007.

Em síntese, conclui-se que pelo modelo jurídico adotado pelo direito pátrio (*civil law*), em que resta estabelecida como premissa fundamental a exclusiva submissão à lei (*stricto sensu*) e pelo princípio constitucional da legalidade (que estabelece a normatização das condutas sociais por meio de leis, que obedeçam o devido processo legislativo), não há que se reconhecer às súmulas vinculantes (fonte mediata do direito) o *status* de norma legal, mas sim de mera fonte de interpretação.

¹²¹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 13, nota 112.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro Acquaviva**. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica**: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

AZEVEDO, Elda Coelho de. **Normas e diretrizes para a elaboração de trabalhos científicos**: manual da FDV. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Aidil de Jesus Paes de; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Projeto de Pesquisa**: propostas metodológicas. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Constituição da república federativa do Brasil anotada**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Princípios constitucionais brasileiros**. Revista trimestral de direito público. São Paulo: Malheiros, 1993. n. 1.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Súmulas do STJ comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Eduardo C.B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para cursos de direito. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos R. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Dicionário de política**. Brasília: Editora UNB, 2000.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.** São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código de processo civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2007. **Vade mecum universitário de direito.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Vade mecum universitário de direito.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Lei da Súmula Vinculantes. **Vade mecum universitário de direito.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. As cláusulas pétreas e sua função de revelar e garantir a identidade da Constituição. In: **Perspectivas do direito público.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

_____. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **O efeito vinculante e os poderes do juiz**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DANTAS, Ivo. **Constituição federal anotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 3^o. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 2. ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FRIEDE, Reis. Das reformas constitucionais. **Revista dos Tribunais**, ano 6, n.º 25, p. 74-75, out./dez.1998.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes e independência judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **A dimensão da magistratura no estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRACIE, Ellen. Discurso de posse da presidência do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros>. Acesso em: 25 jun. 2007.

GRAU, Eros Roberto. Sobre a produção legislativa e a normativa do direito oficial: o chamado efeito vinculante. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, ano 1, n.º 3, p. 78, mai./out. 1997.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **La lucha por el estado de derecho**. Bologna: Publicaciones del Real Colégio de Espana, 1975.

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Espanha: Editorial Tecnos, 1984.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**: para o curso de direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual da monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da organização do estado, dos poderes e histórico das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fontes e modelos do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, 2005.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RUDIO, Franz Victor. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 32. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

RUIZ, Urbano. **Reforma do judiciário e súmulas vinculantes**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Manuel Roque dos. **Manual das súmulas**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos humanos**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In Dimensões da dignidade, ensaio de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Ferreira Álvares da. **Juizados especiais trabalhistas**: juizados especiais de causas trabalhistas. São Paulo: Síntese Trabalhista, n. 213, set. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2006.

SILVA, José Anchieta da. **A súmula de efeito vinculantes amplo no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SPOTA, Alberto. **O juiz, o advogado e a formação do direito através da jurisprudência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante**. São Paulo: Método, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. In: Genesis - **Revista de direito processual civil**. Curitiba. jul./set. 1998.