

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**SÚMULA VINCULANTE E ACESSO À JUSTIÇA: NATUREZA E  
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS NO ESTADO BRASILEIRO**

**ANDRÉ ALEXANDRE HAPPKE**

**Itajaí, novembro de 2007**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA  
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ  
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**SÚMULA VINCULANTE E ACESSO À JUSTIÇA: NATUREZA E  
CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS NO ESTADO BRASILEIRO**

**ANDRÉ ALEXANDRE HAPPKE**

[HTTP://LATTES.CNPQ.BR/1169132396539945](http://lattes.cnpq.br/1169132396539945)

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí –  
UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do Título de Mestre em  
Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão**

**Itajaí, novembro de 2007**

## AGRADECIMENTO

A todos que me incentivaram e/ou de alguma forma auxiliaram durante a elaboração do presente trabalho, em especial:

- Minha esposa, **Simone Denardi Happke**, pela compreensão em todos os momentos;
  
- Meu Orientador **Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão**, paradigma de Promotor de Justiça e Professor, que permitiu o desenvolvimento das idéias com liberdade;
  
- Aos diletos amigos **Mônica Elias de Lucca Pasold** e **Cesar Luiz Pasold**, pelo incentivo nesta empreitada, desde antes do ingresso no Programa de Mestrado;
  
- Ao **Desembargador Pedro Manoel Abreu**, um dos idealizadores do projeto de aperfeiçoamento da Magistratura Catarinense por meio de cursos como o de Mestrado;
  
- À **Academia Judicial**, ao **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, à **Associação dos Magistrados Catarinenses** e à **Escola Superior da Magistratura** pelo apoio efetivo.

## DEDICATÓRIA

À Simone.

“Muitos sonham encontrar um Amor  
Que possam chamar de ‘Verdadeiro’;

Cuja chama resista aos ventos e à chuva do  
caminho;

Do qual os frutos são esperados com ansiedade  
ingênua e madura;

Aquele que, como a brisa da manhã, acaricia o  
rosto e anima para a realidade da vida, sendo uma  
de suas faces;

Muitos sonham.

O melhor de tudo é, ao acordar, saber que  
também é fato,  
não apenas imaginação;

E isso tudo porque o Amor foi encontrado,

em Você”.

*“Com a lei, sempre que possível; apesar da lei,  
sempre que necessário.”*

*(Anônimo)*

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Itajaí, novembro de 2007**

**André Alexandre Happke**

**Mestrando**

**PÁGINA DE APROVAÇÃO**

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM  
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

§	Parágrafo
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
AERESP	Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial
ART	Artigo
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DES	Desembargador
EC	Emenda Constitucional
INC	Inciso
MIN	Ministro
N.º	Número
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## **ROL DE CATEGORIAS**

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

**Estado Democrático de Direito**

[...] é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma Sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.

### **Princípios Constitucionais**

*Espécie do gênero norma jurídica, que ocupa o ápice do ordenamento, com caráter irradiador de sentido com relação às demais normas e atos jurídicos, com textura de generalidade e abstração mais elevada do que as regras, elaborado em fórmulas que sintetizam um conjunto de idéias, estas que representam a positivação de valores e ideologias da Sociedade, verdadeiros catalisadores para compreensão, interpretação, otimização e aplicação do Direito e do justo.*

### **Jurisprudência**

Pela “[...] palavra ‘jurisprudência’ (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

### **Súmula**

Súmula é uma proposição sintética, caracterizando o produto da jurisprudência assentada pelo tribunal; como regra, é emitida após diversos pronunciamentos da Corte, num mesmo sentido, a respeito de certa matéria.

### **Súmula Vinculante**

A Súmula Vinculante é um mecanismo que permite ao STF, depois de repetidas decisões sobre um determinado tema, editar uma regra (Enunciado) que será de aplicação obrigatória às decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta. Além disso, o Efeito Vinculante de seus Enunciados não apenas atinge as partes do processo (como tradicionalmente), mas tem aplicação irradiada e imponível a quem não fez parte da demanda,

gerando assim um novo tipo de *norma primária*, uma nova figura no esquema amplo do que se considera *legislação*.



## SUMÁRIO

### RESUMO XII

ABSTRACT 1

INTRODUÇÃO 2

### Capítulo 1 5

PRINCIPIOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 5

1.1 ETIMOLOGIA - A PALAVRA PRINCÍPIO E A NECESSÁRIA PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA 6

1.2 BREVE HISTÓRICO 7

1.3 PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMATIVIDADE 12

1.3.1 CRITÉRIOS DISTINTIVOS - PRINCÍPIOS 'VERSUS' REGRAS 13

1.3.2 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS E SUA EFICÁCIA 17

1.3.3 HIERARQUIA (DIFERENCIAÇÃO QUALITATIVA) ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS 20

1.3.4 CLASSIFICAÇÕES DE PRINCÍPIOS 23

1.4 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE PRINCÍPIO 25

### Capítulo 2 30

DEMOCRACIA BRASILEIRA NA ATUALIDADE 30

2.1 APORTE TEÓRICO INICIAL 31

2.1.1 GIDDENS 31

2.1.2 SÉRGIO URQUHART CADEMARTORI 32

2.1.3 TOCQUEVILLE 34

2.1.4 FRIEDRICH MÜLLER 34

2.1.5 BOBBIO 38

2.1.6 FERRAJOLI 39

2.2 PONDERAÇÕES E PROPOSTA CONCEITUAL 42

### Capítulo 3 49

A SÚMULA DE ENUNCIADOS VINCULANTES BRASILEIRA 49

3.1 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO 50

3.2 ENUNCIADOS DA SÚMULA "TRADICIONAL" 58

3.3 ENUNCIADOS DA SÚMULA VINCULANTE 63

3.3.1 PREVISÃO NORMATIVA 63

3.3.2 PROCEDIMENTO 70

3.3.3 NATUREZA JURÍDICA DO ENUNCIADO VINCULANTE 76

### Capítulo 4 84

QUESTÕES PONTUAIS 84

4.1 ACESSO À JUSTIÇA 84

4.2 A ISONOMIA E A SEGURANÇA 89

4.3 O SUPRIMENTO DAS LACUNAS 92

4.4 A PARALISAÇÃO DO DIREITO 96

4.5 O LEGISLADOR E O EFEITO VINCULANTE 99

4.6 A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ E O EFEITO VINCULANTE 102

4.6.1 AUTORIDADE DO SUPREMO 103

4.6.2 INDEPENDÊNCIA DO JUIZ 106

<b>4.6.3 O JUIZ CONTINUA A INTERPRETAR</b>	<b>117</b>
<b>4.6.4 O PROCESSO E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÕES JUDICIAIS</b>	<b>122</b>
<b>4.7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULA?</b>	<b>126</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>130</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS</b>	<b>136</b>
<b>ANEXO ÚNICO – LEI N.º 11.417/2006</b>	<b>145</b>

HAPPKE, André Alexandre. Súmula Vinculante e Acesso à Justiça: natureza e conseqüências jurídicas no Estado brasileiro. 2007. 142f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí (SC).

## RESUMO

A crescente demanda por decisões judiciais, decorrente inclusive do aprimoramento das instituições democráticas com a Constituição de 1988 levou ao Poder Judiciário um número nunca antes visto de processos e qualidades de lides bastante diversas (direitos individuais, coletivos, individuais homogêneos, difusos). É o que se costumou de chamar de fenômeno da judicialização de conflitos. Nesse passo, a par das inúmeras medidas administrativas, tecnologias, gerenciamento de demandas de massa e tudo o mais que se desenvolve, cresceu a idéia de que Tribunais superiores (atualmente apenas o Supremo Tribunal Federal) editassem Enunciados de Súmula com efeito Vinculante não apenas às partes do processo (como tradicionalmente), mas com aplicação irradiada e imponível a quem não fez parte da demanda, gerando assim um novo tipo de *norma primária*, uma nova figura no esquema amplo do que se considera *legislação*. Algo ainda incomum no Direito pátrio, inspirado na veia romano-germânica: o Judiciário criando normas de caráter geral e abstrato com efeito *extra autos*. Este trabalho é sobre o choque dessa nova figura com os princípios constitucionais e a leitura constitucional pós-positivista de caráter principiológico, com esteio nas considerações democráticas que regem o Direito deste país. Sobre como são afetados o acesso ao Sistema de Justiça, a independência no exercício da jurisdição e outros princípios basilares de uma nação que pretenda ser democrática. Este trabalho segue a linha de pesquisa de hermenêutica e principiologia constitucional.

**Categorias/palavras-chave:** súmula vinculante – enunciado vinculante – jurisprudência – normas – legislação – Poder Judiciário – jurisdição – acesso à justiça – princípios – principiologia HAPPKE, André Alexandre.

Súmula Vinculante e Acesso à Justiça: natureza e conseqüências jurídicas no Estado brasileiro. 2007. 142f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí (SC).

## ABSTRACT

The increasing prosecution for judicial decisions, deriving including the refinement of the democratic institutions with 1988 Constitution, brought to Judiciary Power a never seen number of processes and demand qualities very different (individual rights, collective, homogeneous individual, diffuse). That is what it gets used to call of conflict judicialization phenomenon. In this way, informed about numberless administrative measures, technologies, masses demands managing and whatever it develops, has grown the idea that Superior courts (nowadays only Supreme Federal Court) publish *summula* propositions with obligation effect not only to the characters of the judicial process (as traditionally) but also with irradiated and obligatory to who is not part of the demand, creating this way a new king of primary rule, a new figure in the wide model we call legislation. Something still unusual on native Law, inspired on the Roman-German vein: the judiciary power creating abstract and general rules with extra autos effects. This essay talks about the conflict between this new figure and constitutional principles, and the principle quality in the after positivist constitutional interpretation, based on the democratic consideration which conduct the Law in this country. Also it talks about how the Justice System, the independence in exercising the jurisdiction and another base principles of a nation which intends to the democratic are affected. This essay follows the constitucional princiology and hermeneutics research line.

**Categories/keywords:** obligating *summula* – obligating propositions – jurisprudence – rules – legislation – Judiciary power – jurisdiction – justice access – principles – princiology

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto o Enunciado de Súmula Vinculante.

O seu objetivo é trabalhar a natureza jurídica do instituto (em linhas iniciais) e alguns de seus reflexos com relação à estrutura democrática brasileira, o acesso ao Sistema de Justiça e a leitura principiológica do Direito.

Para tanto, inicia-se, no Capítulo 1, abordagem tendente a delinear teoricamente a compreensão – que norteia todo o trabalho – sobre a leitura dos Princípios Constitucionais, sua juridicidade.

No Capítulo 2, trata-se do pilar mestre em que se norteia não apenas esta Dissertação, mas também, todo o funcionamento do ordenamento jurídico: ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

No Capítulo 3, é apresentada a textura de compreensão atual do Enunciado de Súmula Vinculante como se apresentou no ordenamento brasileiro. Passa-se em como a Jurisprudência é considerada fonte de Direito, visita-se a Súmula agora chamada *tradicional* e adentra-se na Súmula cujos Enunciados são de teor Vinculante: a previsão normativa, o procedimento para que passe a existir no mundo jurídico e sua natureza como instituto do Direito.

No Capítulo 4, são enfrentadas questões pontuais que surgem como reflexo da existência do instituto em questão: o Acesso à Justiça, a isonomia e a segurança jurídica, o suprimento de lacunas do Direito e a paralisação de seu conteúdo no teor do Enunciado Vinculante. Além disso, como afeta a independência do Juiz e, por fim, apenas de passagem é registrada uma nova questão que aparece ao debate que é o controle de constitucionalidade sobre o teor dos Enunciados Vinculantes.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Enunciado Vinculante de Súmula.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

É conveniente ressaltar, enfim, que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentadas ao longo do texto, nos momentos oportunos.

## Capítulo 1

# PRINCIPIOLOGIA NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao abrir caminho no desenvolvimento dos objetivos deste Relatório de Pesquisa, os primeiros passos levam ao pilar mestre em que se norteia não apenas este trabalho, mas também, todo o funcionamento do ordenamento jurídico: ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito.

Não é demais lembrar que ainda no projeto desta dissertação, a perenidade dessa categoria foi considerada como o primeiro pressuposto teórico.

Releva mencionar, ainda, que ao tratar mais adiante do objeto principal da pesquisa, o Enunciado Vinculante, será possível perceber que esse novo instituto – conforme sua interpretação para inclusão no Sistema Jurídico brasileiro seja mais ou menos conformista com o instituto – corrói emanações importantes do amálgama que faz com que este Estado seja Democrático de Direito, uma verdadeira marcha à ré na dinâmica da Democracia no Brasil.

Nesse passo, a primeira abordagem necessária é a da compreensão presente sobre a leitura dos Princípios Constitucionais, estes que constroem a categoria que dá nome a este capítulo.

### 1.1 ETIMOLOGIA - A PALAVRA PRINCÍPIO E A NECESSÁRIA PRÉ-COMPREENSÃO DO TEMA

Para Luís-Diez Picazo, deriva da Geometria, “onde designa verdades primeiras” , Princípios são “as premissas de todo um sistema que se

desenvolve more geométrico”. Esse autor ainda desenvolveu, a partir do jurista espanhol F. de Castro, destacado por Bonavides, que “os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”. Seria uma “verdade jurídica universal”, na esteira do estudo de Bonavides com relação a F. de Clemente.

Ao terminar sua abordagem inicial do tema, Bonavides conclui pela existência de um defeito nos conceitos que apresentou, alguns referidos acima, justamente o traço de normatividade dos Princípios.

Bonavides ainda apresentou a investigação doutrinária de Guastini, este que recolhera da doutrina e da jurisprudência seis distintos conceitos do vocábulo “Princípio”, todos vinculados a disposições normativas. Primeiro, Princípio se refere a norma provida de algum grau de generalidade. Segundo, devido ao seu alto grau de indeterminação, é necessária a concretização por via interpretativa, sem o que não seria suscetível sua aplicação em casos concretos. Terceiro, percebeu que os juristas utilizam a palavra Princípio para se referir a normas de caráter programático. Quarto, utilizam igualmente a palavra para se referir a normas cuja posição hierárquica das fontes de Direito é muito elevada. Quinto, é usada a palavra para designar normas que desempenham função importante e fundamental no sistema jurídico ou político. Sexto, se valem os juristas da expressão em questão para normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

## **1.2 BREVE HISTÓRICO**

Em Bonavides encontramos a afirmação de que “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.



O momento *jusnaturalista* (mais antigo e tradicional, segundo Bonavides) se valeu da técnica da codificação e permitiu a institucionalização dos direitos naturais, “esfera filosófico-axiológica para ganhar os trâmites concretos da normatividade jurídica”, como assinalou Assis. Nesse quadro, Bonavides entende que o resultado foi a inteira abstração e a normatividade nula e duvidosa, contrastando-se isso com o “reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça”. Concluiu então que o “ideal de justiça, no entendimento dos autores jusnaturalistas, impregna a essência dos princípios gerais de Direito”, todavia, essa derivação axiomática arrastou ao descrédito seu conteúdo.

Seguiu-se a esse primeiro momento o *positivista*, com o advento da Escola Histórica do Direito. Nessa quadra, tão forte o rechaço ao Direito Natural, que se chegou a substituir a palavra Princípio por *idéia*, como ocorreu na obra clássica de Del Vecchio, lembrado por Bonavides, e como resultado do que Assis chamou de *devaneios cientificistas*. Mais adiante, com o questionamento de Bobbio sobre a localização (externa ou interna ao sistema) dos Princípios gerais do Direito, passou-se a desenvolver o que depois Bonavides chamou de *ressurreição do jusnaturalismo no século XX*, sobretudo na Alemanha, onde sobre o *eterno retorno* a esse momento, Wolf escreveu “ninguém sabe nada de seguro acerca desse Direito Natural, mas todo mundo *sente* com segurança que ele existe”.

Nesse segundo momento, os Princípios passaram a entrar nos códigos como fonte normativa subsidiária. Mas eram considerados apenas complementares e não *algo que se sobrepusesse à lei*. Para Flórez-Valdéz os Princípios se induzem por via de abstração ou de sucessivas generalizações, a partir do próprio Direito Positivo. Assim, o valor dos Princípios seria o de derivarem eles das próprias leis. Não obstante, o comportamento juspositivista, via de regra, leva à carência de normatividade, e ocasionando sua irrelevância jurídica.

Finalmente, com o *pós-positivismo* (ou *neopositivismo*) os Princípios passam a ser tratados como Direito. Essa época corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX.

Não obstante, a idéia de *normatividade*, segundo o autor em comento (referendado por Espíndola), foi afirmada categórica e precursoramente, em excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli, nos seguintes termos:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

As críticas que vieram com Dworkin, observadas por Bonavides, trouxeram abaixo o velho positivismo ortodoxo e também o jusnaturalismo, e, ao mesmo tempo, traçaram e caracterizaram o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. Para esse tratamento dos Princípios como direito, Dworkin propõe rejeitar três dogmas da doutrina precedente: “o da distinção entre o Direito de uma comunidade e os demais padrões sociais (*social standards*) aferidos por algum *test* na forma de regra suprema (*master rule*)”; “referente à doutrina da discricção judicial – a ‘discricionarietà do juiz’”; e, ainda, “compendiando na teoria positivista da obrigação legal, segundo a qual uma regra estabelecida de Direito – uma lei – impõe tal obrigação, podendo ocorrer, todavia, a hipótese de que num caso complicado (*hard case*), em que tal lei não se possa achar, inexistindo a obrigação legal, até que o juiz formulasse nova regra para o futuro”.

É na escalada da doutrina pós-positivista que se começou a reconhecer a normatividade dos Princípios, erigindo-se “os princípios a categorias

de normas, numa reflexão profunda e aperfeiçoadora”. Sobre o tema, Paes esclarece:

Na fase pós-positivista, fruto da superação dialética dos modelos jurídicos tradicionais, os princípios são proclamados normas jurídicas, podendo, assim como as regras, imporem obrigação legal. Na atual Sociedade de massas, complexa, fundada no pluralismo, o Direito reflete os antagonismos e contradições, sendo impossível organizá-la exclusivamente com base em normas fechadas. Dessa Sociedade já denominada pós-moderna resulta a necessidade do reconhecimento do caráter normativo, vigente e eficaz dos princípios jurídicos, que contém uma pauta axiológica, agasalhando os valores da Sociedade.

### 1.3 PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMATIVIDADE

Para se ter uma idéia do avanço do tratamento doutrinário sobre a normatividade dos Princípios, trago à colação o pensamento de Espíndola:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status* conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Na atual fase, pontifica Espíndola, os Princípios que antes estavam aprisionados em redutoras concepções privatistas percorreram um caminho metodológico e passaram da *servil normatividade* no Direito Privado à *senhora juridicidade* no Direito Público. *Saltaram* dos Códigos para as Constituições, nos termos do autor referido.

Merece também referência, nessa esteira, o pensamento de  
Paes:

A doutrina tradicional formulou múltiplas funções e abordou a problemática de sua caracterização e natureza, entretanto não lhe reconhecia o que ostenta de mais importante e que está consagrado pela doutrina contemporânea, isto é, sua natureza normativa, constituindo espécie do gênero norma de Direito.

Como visto, vai já bem longe o pensamento de que os princípios seriam *apenas* preceitos de ordem moral e política, meras exortações. Considerando o dado de que foi sua juridicidade desenvolvida a partir de serem apartados e delineados os conceitos de *regras* e *princípios*. Esse é um momento primeiro da explanação a seguir.

### **1.3.1 Critérios distintivos - princípios 'versus' regras**

Em Cruz, os princípios são considerados *elementos de coesão e consistência*, tornando possível a *incorporação de valor à regra*. Nesse passo:

Um ordenamento jurídico, mesmo nos moldes mais herméticos, não é um simples amontoado de regras esparsas, produto da vontade de quem está no poder naquele determinado momento. Quando é assim, o Estado Democrático de Direito não está presente e não se pode dizer que há um pressuposto de civilização contemporânea a orientar a produção de normas jurídicas.

Nesse pensamento, inclusive, o autor precitado é acompanhado por Eros Grau, de quem é a opinião que “[...] um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras”.

Por sua vez, Diego, no Prólogo à tradução espanhola do livro de Del Vecchio, trouxe que “as regras particulares não são realmente inteligíveis se não forem postas em relação com os princípios dos quais descendem”.

Tais autores roboram, pois, a conclusão de Cruz, no sentido de que um sistema baseado apenas em regras seria de racionalidade prática limitada. Delineia então, a partir de Canotilho, que a disciplina jurídica, em tal situação, deveria ser exaustiva, em legalismo extremo, fixando em termos definitivos as premissas e os resultados das regras jurídicas. Embora com isso viesse um “sistema de segurança”, não seria um sistema aberto (característica que considera necessária no caso do sistema constitucional), não haveria espaço para qualquer complementação e desenvolvimento.

Pois bem, com o ilustre Professor português se destacam os critérios de distinção entre Princípios e regras, classificação que é trazida a lume por vários dentre os autores pesquisados:

Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida;

Grau de determinabilidade: na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;

Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito);

‘Proximidade’ da idéia de direito: os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

Natureza normogénica: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ‘ratio’ de

regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Ainda nos critérios distintivos, a partir do estudo de Bonavides, J. Boulanger, considerado pelo primeiro como o mais insigne precursor da normatividade dos Princípios, Professor da Faculdade de Direito de Lille, assim ensinou:

Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio.

Isso porque o acadêmico francês referido entende que a generalidade das *regras* corresponde à circunstância de que vem editada para um número indeterminado de atos ou fatos, mas têm especialidade por tratar apenas de atos ou fatos, uma situação jurídica determinada. Já os *Princípios*, estes comportam uma série indefinida de aplicações. Lembra, ainda, a partir do vocabulário técnico e crítico de filosofia de Lalande, este que define: “Chamam-se princípios, dizem os filósofos, o conjunto de proposições diretivas às quais todo o desenvolvimento ulterior se subordina”.

Em Espíndola se encontra o histórico de que ainda em Esser se distinguiu *Princípios* de *normas* – como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ainda assim, *norma* se sobrepunha a *Princípio*, dogmática e normativamente. Depois, “devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito”.

Sobre a doutrina de Dworkin, Espíndola refere que “em ‘Taking Rights Seriously’, estabeleceu mais dois critérios, baseados em duas idéias: a primeira, a do ‘tudo ou nada’, e a segunda, a do ‘peso’ ou da ‘importância’”. Nesse passo, no que tange às regras, ou são aplicáveis por

completo ou não são – absolutamente – aplicáveis. Já com relação aos Princípios, não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam. Quando há conflito entre Princípios eles não se invalidam mutuamente, como acontece com as regras, mas sim, um ou outro cedem espaço e se mitigam.

Na diferenciação anotada por Barroso, as regras “contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem” e os Princípios “têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema”.

Mesmo com essa distinção, há que se reconhecer o *núcleo comum* entre ambos, além da idéia de que se tratam de espécies de *mesma hierarquia* dentro do ordenamento (o que será ainda objeto de estudo adiante), porém, com *funções distintas* – é a lição de Cruz. Também por entender a distinção como *particularmente complexa*, Espíndola remete a duas questões fundamentais – a da *função dos Princípios* e a da existência de um *denominador comum*, “pertencendo à mesma ‘família’ e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade, conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário os Princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa”. É o que será estudado em seguida.

### **1.3.2 Funções dos princípios e sua eficácia**

A partir do que alguns doutrinadores então passaram a estudar como *funções dos Princípios* (destacaram-se aqui a *argumentativa*, a *fundamentadora*, a *interpretativa* e a *supletiva*) surgem também suas *eficácias*, ou, o resultado coercível de suas funções. Conjugou-se aqui uma leitura desses aspectos.

Com relação à face *argumentativa* e de *retórica* dos princípios, Espíndola considera ser um seu caráter *multifuncional*, pois assim,

permite denotar a *ratio legis* de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando assim aos atores jurídicos o desenvolvimento, a integração e complementação do direito.

Na face *fundamentadora* – que se liga à eficácia negativa a seguir examinada –, os Princípios *dão suporte* ao ordenamento em que se inserem. Silva assinala que são *summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo.

A partir da visão de Barroso, os Princípios ainda servem de

[...] guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Seria essa a *função interpretativa* – ligada à *eficácia interpretativa* que se verá adiante – onde o papel cumprido é o de orientação às soluções jurídicas a serem processadas diante dos casos submetidos à apreciação do intérprete. Vetores de sentido jurídico às demais normas, na visão de Espíndola.

Por fim, na *função supletiva* sua tarefa é a integração do Direito, suplementando espaços aparentemente *vazios* regulatórios da ordem jurídica ou ausências de sentido regulador constatáveis em regras ou em Princípios de maior grau de densidade normativa.

Na doutrina de Barroso releva o estudo da *eficácia* dos Princípios, considerada como *atributo associado às normas* e que consiste na *conseqüência jurídica que deve resultar de sua observância*, podendo se valer pela *coerção* – exigência judicial de seu cumprimento. Três são as modalidades, segundo esse autor.



Para a *eficácia positiva* ou *simétrica* (associada à maioria das regras) o objetivo é reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, a existência de *direito subjetivo a esses efeitos*. Assim, é possível pleitear tutela específica da situação contemplada no texto legal.

Com relação à *eficácia interpretativa*, pode-se exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior sejam interpretadas de acordo com as de hierarquia superior a que estão vinculadas. Mesmo dentro da própria Constituição, essa eficácia pode operar, em relação aos Princípios, embora não haja hierarquia entre normas constitucionais. Para Barroso, “a eficácia dos Princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo Princípio Constitucional pertinente”.

A chamada *eficácia negativa* é a que autoriza a declaração de invalidade de todas as normas ou atos que vulnerarem os efeitos pretendidos pela norma (seja por revogação, seja por não recepção, seja por inconstitucionalidade, no caso de princípios constitucionais).

Por fim, a *eficácia vedativa de retrocesso*. É uma derivação da eficácia negativa já vista. Sua ligação é especialmente destacada com relação aos direitos fundamentais. Pressupõe essa eficácia que esses Princípios sejam concretizados por meio das normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos seja a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Desse modo,

[...] a vedação de retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma

infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.

Ao encerrar esse trecho de seu estudo, Barroso lembra que a atribuição de modalidades de eficácia aos Princípios constitucionais vem contribuindo para a construção de sua normatividade. Contudo, somente produzem o resultado a que se destinam “se forem acompanhadas de identificação cuidadosa dos efeitos pretendidos pelos princípios e das condutas que realizem o fim indicado pelo princípio ou que preservem o bem jurídico por ele protegido”.

Na doutrina de Cruz encontramos a síntese da idéia. Segundo ele, os Princípios *condicionam toda criação, interpretação e aplicação do Direito, ou seja, por serem gerais*; além disso, *condicionam os outros princípios constitucionais, ou seja, por serem primários*; e, por fim, *condicionam os valores expressos em todo ordenamento jurídico, ou seja, por sua dimensão axiológica*.

### **1.3.3 Hierarquia (diferenciação qualitativa) entre princípios e regras**

De outra parte, a relação de *hierarquia* (em Cruz) ou *diferenciação qualitativa* (em Espíndola) vem bem delineada em Barroso, que afirma categoricamente: “inexiste hierarquia entre ambas as categorias [regras e princípios], à vista do princípio da unidade da Constituição. Isso não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento”. De fato o que verifica é que são dois planos distintos, campos de atuação complementares, embora os Princípios inspirem a leitura de regras, não simplesmente se sobrepõem a elas. Nesse aspecto, assenta:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos

direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria.

A teor, então, da teoria de Dworkin, as regras (*tudo ou nada*) têm comando objetivo e não dão margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houve outra mais específica ou se não estiver em vigor. O critério de sua aplicação é, portanto, a *subsunção*.

Seguindo em Dworkin, com os Princípios (*pesos e importâncias*), há maior carga valorativa, há fundamento ético, há decisão política relevante – tudo a indicar uma direção a seguir. Existem, ainda, diferentes Princípios, que abrigam decisões, valores e fundamentos diversos, e por vezes até contrapostos. Quando se deparar com tal situação, o intérprete utiliza-se da lógica dialética do sistema e, “à vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, [...]. A aplicação do princípio se dá, predominantemente, mediante *ponderação*”.

Barroso, ainda na mesma obra já referida, trouxe um resumo das idéias centrais de Robert Alexy, sobre o qual repousam as premissas trabalhadas nesta fase da *normatividade dos princípios*. *In verbis*:

As regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação.

Sobre essa *ponderação* entre Princípios, Barroso a refere como uma *técnica* (de ponderação de *valores* ou de *interesses*) pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos Princípios contrapostos. Reconhece a inexistência de um *critério abstrato que imponha supremacia de um sobre outro* princípio. Sequer o legislador poderia escolher, arbitrariamente, entre um ou outro, sob pena de violar o texto constitucional. Isso deve ser balizado pelo *princípio da razoabilidade* e a *preservação de núcleo mínimo* do valor que esteja cedendo passo. Com relação, ainda, ao *mecanismo*, considera o Professor carioca que a

[...] vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias.

Encerra-se com Barroso a discussão da distinção qualitativa, ao afirmar o autor que nem sempre é singela essa tarefa e que “as dificuldades decorrem de fatores diversos, como as vicissitudes da técnica legislativa, a natureza das coisas e os limites da linguagem”.

#### **1.3.4 Classificações de princípios**

Ao compreender que nem todos os Princípios possuem o mesmo *raio de ação*, variando na amplitude de seus efeitos, ou mesmo em grau

de influência, Barroso propôs sua divisão em três categorias diversas (*fundamentais, gerais e setoriais*).

*Fundamentais* seriam os que expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado.

*Gerais*, os que embora não integrem o núcleo das decisões políticas que conformam o Estado, são importantes especificações dos Princípios fundamentais. Têm menos abstração, sendo facilmente determinável o núcleo em que operam como regras – dessarte, prestam-se de modo corrente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam.

Os *setoriais*, de sua parte, são os que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Irradiam-se limitadamente, porém, no seu âmbito de atuação, são *supremos*. Sobre eles, Cruz anotou a explicação de Barroso sobre serem, por vezes, mero detalhamento dos Princípios gerais.

Por sua vez, José Afonso da Silva dividiu os Princípios em apenas duas categorias, os *político-constitucionais* e os *jurídico-constitucionais*. Os primeiros, seriam aquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, seriam *normas-princípio*. Já os *jurídico-constitucionais* ou *fundamentais* seriam informadores da ordem jurídica, resultados de previsões constitucionais embasadas nos primeiros, normalmente como desdobramentos deles, aplicados a assuntos mais específicos.

Também do estudo das classificações feito por Paulo Márcio Cruz, vem a classificação de Jorge Miranda, que dividiu os Princípios entre *axiológicos fundamentais* (meio de ligação entre o Direito Natural e o Direito Positivo, os valores maiores da Sociedade), *político-constitucionais* (instituídos pelo Poder Constituinte, limitando a reforma, a revisão e a mutação da Constituição, normalmente são 'cláusulas pétreas') e *constitucionais instrumentais* (estruturam e dão racionalidade e operacionalidade ao sistema constitucional).

Na visão de Canotilho, os Princípios são *jurídicos fundamentais* (função negativa particularmente relevante nos postulados básicos, como estado de direito e de não direito, estado democrático e ditadura), *políticos constitucionalmente conformadores* (concepções políticas majoritárias numa assembleia constituinte, o cerne político de uma constituição política – limitam a revisão e revelam princípios diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político), *constitucionais impositivos* (os que impõem aos órgãos de estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas) e *princípios-garantia* (instituem direta e imediatamente uma garantia para o cidadão – imediata e diretamente aplicáveis, com força determinante, positiva e negativa).

Por derradeiro, inclusive pelo convencimento desenvolvido em virtude da explanação em sala de aula, entende-se especialmente adaptada à doutrina constitucional brasileira a classificação desenvolvida por Cruz, proposta como uma síntese classificatória a partir dos mesmos autores cujas classificações foram expostas.

Na esteira dessa doutrina de Cruz, portanto, os Princípios constitucionais dividem-se em três tipos: os *político-ideológicos*, os *fundamentais gerais* e os *específicos*.

Os *político-ideológicos* são aqueles que possuem dimensão axiológica fundamental. Seriam os *princípios dos princípios*, estariam, em nossa Constituição de 1988, no seu art. 4º. Esses Princípios orientam os demais inscritos na Constituição e possuem um grau de concretude muito baixo.

Os *fundamentais gerais*, ao contrário daqueles primeiros, possuem alto grau de concretude e aplicabilidade (aparecem no art. 5ª da Constituição de 1988 e em seus incisos).

Finalmente, os *específicos* são os que orientam determinada parte do Direito Constitucional. A maioria deles, na Constituição vigente estariam localizados nos trechos que tratam de determinadas matérias, como aqueles

relativos ao campo do direito trabalhista, tributário, econômico. Assinala, Cruz, que “por óbvio, um princípio constitucional específico que orienta as previsões constitucionais atinentes à educação, à cultura e ao desporto provavelmente não será aplicado ao capítulo da Constituição que trata dos partidos políticos e vice-versa”. O registro é para demonstrar que não se tratam de Princípios *menores*, mas sim, efetivamente particulares a determinados temas, e por isso, com características próximas das regras jurídicas, principalmente no tocante à sua auto-aplicabilidade.

#### 1.4 CONCEITUAÇÃO ATUAL DE PRINCÍPIO

Depois da visão inicial do tema, da apresentação de critérios distintivos, funções (dimensões) e eficácias, de tratar sobre a questão da hierarquia e expor as classificações mais consistentes no constitucionalismo atual, o tema abordado merece agora uma tentativa de conceituação de Princípio. Para isso, serão visitados alguns doutrinadores, a partir do estudo daquele que se dedicou precipuamente ao assunto, Espíndola, em sua obra *Conceito de Princípios Constitucionais*.

Começando com Sampaio Dória, que identificou como o primeiro jurista brasileiro a tematizar o conceito de Princípios Constitucionais de forma monográfica ainda em 1926, dele se extrai o entendimento de que os Princípios Constitucionais seriam *normas gerais* o que os distinguia de *regras estritas* ou *leis comuns*, com uma generalidade característica própria, corporificando-se em *fórmulas sintéticas*.

Em Celso Antônio Bandeira de Mello, concepção desenvolvida nas décadas de 70 e 80 e que Espíndola indicou como “a mais usual e difundida” nas letras de direito público brasileiras, Princípio é “por definição, mandamento nuclear do 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 racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Na doutrina de José Afonso da Silva , em duas obras estudadas por Espíndola, uma do final da década de 60 e outra do início da década de 90, encontrou o reconhecimento de que os Princípios detinham *dimensão jurídica*, além de repelir teses que se contrapunham à sua afirmação de que “todas as normas que integram uma Constituição têm natureza jurídica”.

Bonavides, também pesquisado por Espíndola, reconheceu e esposou a tese de que os Princípios são *normas jurídicas*, e são “pontos de partida que abrem ao desdobramento judicial de um problema”. Prossegue, adiante, com base em Perassi, Pergolesi, Pugliati e Quadri que os Princípios *fundamentam o sistema jurídico positivo*, estão no *ápice da pirâmide normativa*, proporcionando *inteligibilidade e concretização da Constituição*, e também *compreensão, interpretação, e aplicação da ordem jurídica*.

Na obra de Cármen Lúcia Antunes da Rocha é reconhecida a *importância capital* dos Princípios incluídos na Constituição, considerados por ela *pontos cardeais* do Direito Constitucional na atualidade. Afirmou, ainda, que sem essa direção dada pelos Princípios o Direito *se perde como referência e possibilidade concreta de realização da norma justa*. Sua definição é de que são os Princípios *valores superiores havidos na Sociedade, postos como raiz e meta do sistema constitucional*. São valores transformados em *princípios jurídicos*, com *normatividade e eficácia plena*.

Para os limites necessários a atingir o objetivo deste item da dissertação, mais um autor estudado por Espíndola há de ser mencionado: Canotilho. Para este, Princípios

[...] são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de



'tudo ou nada'; impõe a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica.

Da doutrina atual de Barroso, registra-se constar também um conceito outro que merece menção: "Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios".

Encerra-se o rol de autores estudados com Paulo Márcio Cruz, que propôs o conceito nos seguintes moldes:

Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada Sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.

Tudo isso em vista, a proposta de conceito para os *Princípios Constitucionais* que aqui são estudados: *espécie do gênero norma jurídica*, que ocupa o *ápice do ordenamento*, com caráter *irradiador* de sentido com relação às demais normas e atos jurídicos, com textura de *generalidade e abstração* mais elevada do que as *regras*, elaborado em *fórmulas que sintetizam um conjunto de idéias*, estas que representam a *positivação de valores e ideologias* da Sociedade, verdadeiros *catalisadores* para *compreensão, interpretação, otimização e aplicação* do Direito e do *justo*.

\* \* \*

Neste instante já se elaborou e tratou dos princípios, ficando clara sua destacada importância dentro do ordenamento, e a razão da necessidade de sua observância. O passo seguinte leva a uma abordagem possível do conceito atual de Democracia Brasileira, dado que ela se amolda [a

seu jeito] ao Estado delineado na Constituição, e protegido em especial pelo modo como se entendem e empregam seus Princípios e regras.

## Capítulo 2

### DEMOCRACIA BRASILEIRA NA ATUALIDADE

É certo que *Democracia* é uma palavra de conceitos múltiplos e plurívocos. Além disso, seu uso difundido no *senso comum* empírico, popular, midiático, entre outros não científicos, contribui para uma certa confusão quanto às expectativas dos cidadãos na compreensão do que venha a ser *viver em uma Democracia* ou em *várias Democracias*, ou ainda, em um *Estado Democrático de Direito*. Bem por isso, é uma categoria de extrema relevância em cada uma das aplicações possíveis, com vários *Conceitos Operacionais* disponíveis e muitos deles válidos (simultaneamente inclusive).

Dado que se pretende, aqui, desenvolver uma proposta de Conceito Operacional para Democracia Brasileira atual, a proposta é examinar este tema sob a ótica da linha geral que orienta o pensamento do autor: a constatação de que há que se ter uma base conceitual científica e sólida para trabalhar com a possibilidade de algumas *normas* que vêm surgindo no ordenamento atual do Brasil estarem vulnerando o que se entende por Estado Democrático de Direito.

Na abordagem do tema, optou-se por dividir quanto aos diversos autores estudados, alguns deles, o que proporcionou, inclusive, em seguida, estabelecer pontos de convergência e de divergência entre eles e a partir daí o Conceito Operacional proposto para este Relatório de Pesquisa.

Neste capítulo, assim, é objetivo alcançar elementos que proporcionem essa proposta conceitual, para que, a partir dela, inclusive, mais

adiante, seja possível esclarecer o que se pode esperar juridicamente como *Democrático no Estado Democrático de Direito*, no que concerne, principalmente, à atividade estatal nomogênica e seus reflexos na relação entre os seus serviços independentes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

## 2.1 APORTE TEÓRICO INICIAL

### 2.1.1 Giddens

Identificou este autor o desenvolvimento, no sistema capitalista, não apenas de *limites ambientais* de atuação, mas também *limites da modernidade* que ocorreriam sob a forma de *incerteza artificial*. Observou que a *democracia liberal*, lastreada em um sistema partidário eleitoral, operante no Estado-nação, seria uma modalidade não adequada às demandas em um mundo globalizado. Entendeu que a combinação de *capitalismo* com *democracia liberal*, por si, já não fornece muitos meios para alavancar *solidariedade social*.

Paralelamente, apontou como *problema da democracia* a eficiência no *controle dos meios de violência*. Identificou isso a partir de formas convencionais da teoria política, sejam de *esquerda*, de *direita* ou *liberais*.

Visando superar o que chamou de *deficiências* da democracia liberal dentro da *ordem social reflexiva globalizadora*, sugeriu a necessidade de formas *mais radicais* de democratização. Nesse aspecto delineou a democracia como um *instrumento para a representação de interesses*, mas também uma *maneira* de criar uma *arena pública* na qual o controvertido é resolvido.

No que tange à *legitimidade política* nesse sistema, reconheceu que ela continua a depender, em aspectos básicos, do simbolismo tradicional e de formas preexistentes de se fazer as coisas. A isso, opôs que “em uma ordem mais reflexiva – em que as pessoas também são livres para mais ou

menos ignorar a arena política formal, se assim o desejarem – é possível que essas práticas passem a ser postas em dúvida”. Dado que identificou contemporaneamente o poder de *grupos* fora do *sistema formal* e que abrem espaços para o diálogo público com relação a assuntos de interesse, considera que é mais um meio pelo qual será questionada a *democracia desse sistema*. Isso porque o diálogo, pelo que observamos na obra estudada, é essencial, dado que bem lembrou o autor, no seu cessar a violência começa.

### 2.1.2 Sérgio Urquhart Cademartori

Dentro do que chamou de *limite do direito pelo direito*, ao trabalhar *direitos fundamentais* em contraposição à *democracia substancial*, frisou que nem tudo pode a *maioria* da *democracia* em sua dimensão *formal*. Isso porque no sistema democrático, sob o ponto de vista substancial, funciona como preceito a *promoção da igualdade e da dignidade*, como freio ao ímpeto simplesmente majoritário. São esse direitos que segundo o autor, a partir de MacCormick, que se põem os limites ao *poder legítimo* emanado dos órgãos de Estado.

Sob a ótica garantista, ponderou que seria pelo grau e pela quantidade das garantias aos direitos fundamentais o meio para se *medir a qualidade de uma democracia*. Nesse sentido, ainda, traz que se pode encontrar uma profunda interdependência entre democracia e constitucionalismo. Para que a Democracia, ou o poder do povo, seja uma forma de governo estável, mais do que um *espasmo transitório ligado a um evento revolucionário*, é necessário que seja respeitado o ordenamento constitucional e seja garantido o Estado de Direito.

Diante disso, entendeu o autor que a Democracia precisa, para funcionar, de um ordenamento constitucional que se utilize da separação de poderes (subtraindo a jurisdição ao controle democrático, com a ressalva do júri popular) e que seja firmemente assegurada a tutela dos direitos que derivam da

constituição. Nesse aspecto o *constitucionalismo* seria um *pré-requisito da Democracia* que, embora imperfeita, seria a única concepção praticável dela.

Descreve, ainda, o autor, que o *garantismo* redefiniu o conceito de Democracia, chamando de *democracia substancial ou social* o “estado de direito” munido de garantias específicas, liberais ou sociais, *mínimo* nas restrições das liberdades dos cidadãos e *máximo* quanto à atenção às *expectativas sociais* dos cidadãos e correlatos deveres de satisfazê-las por parte do Estado. De outra parte, *democracia formal ou política* é o “estado político representativo”, baseado na maioria como fonte de legitimidade.

Tanto nas *democracias avançadas* quanto nas de *recente retomada*, como o Brasil, verificou o autor um *grau apreciável de ilegalidade dos poderes públicos*, com perda de sua *legitimidade* pela adoção de medidas que se baseiam apenas na maioria e visam uma – nefasta, diga-se – *legitimidade pela eficácia*.

### **2.1.3 Tocqueville**

Em sua obra sobre a Democracia na América, o autor percebeu que as novas colônias européias continham o germe de uma Democracia completa. Isso porque anotara que não seriam “nem os felizes, nem os poderosos, que se exilam, e a pobreza, como a infelicidade, é a melhor garantia de igualdade que se conhece entre os homens”.

Merece destaque, no contexto dos propósitos desta abordagem, ainda, o trecho em que afirmou que “nos países em que governa a democracia, e onde o povo tudo atrai incessantemente para si próprio, as leis que lhe tornam a ação cada vez mais pronta e irresistível atacam de modo direto a existência do governo”.

#### 2.1.4 Friedrich Müller

Corroborando a impressão inicial de inafastável maleabilidade de conceito, em Müller encontramos que Democracia é *uma das expressões mais indeterminadas*. Não obstante, considerou comum às diferentes concepções da idéia a referência ao povo, pois nele elas precisam legitimar-se. Bem assenta o autor que o

[...] sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular e na autodeterminação do povo; com base no livre desenvolvimento de cada indivíduo e da igualdade de todos, da igualdade de chances para partidos políticos e do direito à oposição legal, do direito de decidir com base na maioria.

Reconhece que a teoria tradicional da Democracia não aclara a questão de que no processo político pode haver influência de vertentes políticas, de grupos populares, de comunidades religiosas ou camadas sociais majoritárias ou minoritárias que *sustentam* o Estado, o que de certa forma alteraria o exercício do poder referido ao povo. Não deixa também de lembrar que grande parte está preocupada demais com a sobrevivência mínima do dia a dia para que possam se engajar politicamente.

Menciona, ainda, o autor, que “[...] é bem melhor poder tolerar até uma participação de costume ridiculamente reduzida nas eleições, em virtude da vagueza conceitual do enfoque. [...] para acalmar os ânimos e desviar a atenção”. Contudo, no plano da ética política, a Democracia não é compatível com a exclusão, além do que, para continuar viva deve estar sempre em ampliação.

Importa ao tema, ainda, registrar o pensamento de Müller no sentido de que:

[...], a expressão visa à totalidade das estruturas, funções e objetivos de um estado que se apresenta como democrático. “A” democracia não existe; existem, isso sim, tentativas bastante distintas de institucionalizar “democraticamente” uma Sociedade

estatalmente organizada [...], agrupadas em torno da idéia fundamental que formulei antes.

Com relação à participação do povo, no Legislativo, entende que ele é fonte indireta da legislação, o que não valeria para os dois outros poderes, que nem por isso podem deixar de *justificar democraticamente* seus atos. Tal se daria pela vinculação da ação executiva e dos juízes às regras estabelecidas nesse jogo democrático. Em tal situação o autor entende já não ser representação indireta, mas apenas *mediada*, com rompimento do *ciclo de legitimação*, de forma democrática, mas rompido. Quando a decisão executiva ou judicial é ilegal aí então há quebra de forma não-democrática.

No momento em que aborda os excluídos, pondera que as “grandes parcelas da população por um lado dependem dos sistemas funcionais vitais, mas simultaneamente não têm *a priori* (no caso da exclusão primária) ou não têm mais (no caso de exclusão secundária, do empobrecimento, do descenso social maciço, tão nítido nos países do Grupo dos Sete) acesso às suas prestações materiais”. É nesse ponto que registra ser o Brasil estigmatizado pela exclusão primária e, ainda, não haver nível satisfatório de acesso à proteção jurídica e às vias legais, o que torna a participação política praticamente algo “no papel”. Nesse passo, ainda desenvolve:

A Constituição não integra mais eficazmente a economia e a Sociedade, a política e o direito; serve somente aos superintegrados, (sub) cidadãos, (sub) pessoas excluídas, de prender os direitos de cidadania que lhes cabem segundo a lei e a Constituição. Tal realidade ainda não é ou já não é mais um “estado constitucional”; a Constituição exclui a si mesma, a saber, do nexo da legitimidade democrática.

Ao recapitular os conceitos principais que apresentou em sua obra, Müller refere frisa que “o conceito de ‘sistema democrático’ não é utilizado aqui no sentido da teoria sistêmica, mas no do Direito Público e da Teoria do

Estado: diz respeito a todas as normas, estruturas e objetivos essenciais de um Estado que se possa denominar ‘democrático’”.

Quando trata da globalização e seus efeitos, obtempera que “justamente a democracia exige que processos econômicos sejam inseridos em processos sociais [...] os processos de mercado, livres do Estado, fazem que a soberania dos estados constitucionais e, não em último lugar, a sua legitimidade democrática degenerem paulatinamente em farsa”. Questiona o fato de que as *forças de mercado* não são *leis da natureza* nem *leis históricas de dignidade superior* às quais as instituições do Estado tenham de se curvar.

Reconhece o autor que a dominação pelos mercados não se traduz em Sociedades liberais, democráticas, comprometidas com princípios do Estado de Direito, passando ao largo das pretensões de liberdade e de justiça em patamares razoáveis ao povo. Isso, segundo Müller, esvazia ainda mais a democracia do que já aconteceria de todo modo.

Merece, por fim, outro registro deste autor, para os fins deste item em desenvolvimento:

Caso uma democracia queira ser viva, o modo de utilização de “povo”, não poderá continuar sendo icônico na práxis. Do “povo”, no sentido não-ideológico, fazem, portanto, parte todas as três camadas funcionais aqui mostradas. Assim devemos resumir todas as restrições que o povo ativo, o povo enquanto instância de atribuição e o povo-destinatário podem sofrer em virtude da exclusão social. As três variantes fundamentais da justificação democrática continuam, portanto, servindo de grade de definição mais elevada, mais precisamente para que possamos agora identificar os danos totais sofridos pelo sistema democrático.

### **2.1.5 Bobbio**

No sua visão sobre o *futuro da democracia*, inicia o autor caracterizando-a quanto ao conjunto das regras que estabelecem *quem está*



*autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.* No que respeita ao *quem*, o número elevado de membros é também uma garantia. Além de memorar a *regra da maioria*, considera ainda indispensável que aqueles que são *chamados a decidir* ou mesmo a *eleger os que vão decidir* sejam colocados diante de alternativas reais e poder de escolha efetivo.

Na correlação estabelecida pelo autor entre o estado liberal e a democracia, vale a transcrição do seguinte excerto, para a maior fidelidade da idéia:

[...] o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado são independentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático necessário, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

Apontou também o autor para um acontecimento negativo no desenvolvimento democrático. Inicialmente o *indivíduo soberano* agiria sem (o máximo possível de) corpos intermediários, o que era característica de outra doutrina anterior. Contudo, sujeitos, associações, sindicatos, partidos e outros estão se sobressaindo em prejuízo dos indivíduos e de sua vontade. Isso o leva a afirmar que “os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa Sociedade democrática”.

Estabelece, em seguida, a contraposição entre a *tecnocracia* e a *democracia*, que considera antíteses: “se o protagonista da Sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer”. Isso porque na primeira somente quem detém conhecimentos específicos estaria apto a decidir sobre alguns temas enquanto que se espera que na segunda todos possam decidir a respeito de tudo, o que se baseia também no fato e na crença de que tenham informação, discernimento e liberdade para tal decisão.

Sem adentrar muito a fundo na questão da representação, que não se pretende aqui, importa perceber que Bobbio lembrou da *finalidade* para a qual pessoas elegem outras para deliberações coletivas. Nesse âmbito vislumbram-se propostas conflitantes, tendo-se em conta os *poderes do representante* e o *conteúdo da representação*. Em uma primeira visão, o mandato do representante seria meramente delegativo da vontade do delegante; em outra, seria um fiduciário, gozando da confiança do delegante. Para a primeira visão adotou-se a expressão *mandato imperativo* e na segunda, *sem vínculo de mandato*. Sobre isso registrou que constitucionalmente hoje se consideram os mandados não imperativos.

### **2.1.6 Ferrajoli**

Neste doutrinador encontramos um exame do *grau de legitimidade do Estado e do direito positivo* a partir do caráter ideológico que o inspira, voltando-se para a máxima tutela dos direitos fundamentais.

Ferrajoli denuncia a existência de prejudicial divergência entre o modelo de Democracia substancial (em que o Estado de direito é o resultado do conjunto de garantias liberais e sociais) e a realidade vivida diariamente pelos cidadãos. Essa divergência se manifesta basicamente em três níveis: entre as normas ordinárias e as atividades (administrativas) do Estado; entre as normas constitucionais e as normas ordinárias; e, do ponto de vista externo, entre os princípios (e valores) que legitimam a existência do Estado e as normas constitucionais que o estruturam formal e materialmente.

Para o autor, a *democracia substancial* seria aquela em que o Estado de direito estaria "dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais". "Um projeto de Democracia social é, portanto, formado por todos aqueles elementos com os quais se faz um Estado social de direito: este consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou, se se preferir, na maximização da liberdade e das expectativas dos poderes".

O ideal seria então ter um Estado liberal mínimo (maior liberdade possível ao cidadão contra o poder do Estado) e um Estado social máximo (maior carga de deveres do Estado em prol do cidadão).

O progresso do Estado de direito e da democracia substancial, difícil e fatigante, consiste, obviamente, bem mais que no crescimento de promessas, no desenvolvimento de garantias capazes de realizá-las. Posto isso, a divergência criada entre dever ser e ser faz parte da imperfeição do mundo: tal realização é sempre imperfeita. Mas esta divergência é ainda a principal força oferecida – ao menos no plano jurídico – aos titulares dos direitos proclamados mas insatisfeitos: à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes podem, graças precisamente às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidar-lhes as ações ou omissões, vinculá-los às prestações correspondentes.

Trabalhou com a idéia de que é a *luta social* em sua capacidade de influenciar e mudar a legislação, a jurisdição, o governo e a administração que consegue o sucesso. Traz também uma base conceitual aprimorada para *Democracia*:

[...] é o regime político que consente o desenvolvimento pacífico dos conflitos, e por meio destes as transformações sociais e institucionais. Legitimando e valorizando igualmente todos os pontos de vista externos e as dinâmicas sociais que os exprimem, ela legitima a mudança por meio do dissenso e do conflito. [...] Não apenas a democracia garante a luta pelos direitos, mas estes garantem, por sua vez, a democracia [...].

Caracteriza, ainda, a luta coletiva pelos direitos como uma forma de *democracia direta*, um *contrapoder* exercitado coletivamente. Entende que “por mais aperfeiçoadas que sejam as formas jurídicas da democracia representativa e do Estado de direito, estes são impotentes, de per si, para vincular os poderes públicos e privados e para sempre impedir que eles [...] se acumulem de forma absoluta e se rendam às carências e aos correspondentes diretos” o que leva à conclusão da existência de uma *constante tensão* entre *poder político representativo* (identificado pelo Estado) e o *poder social direto*

(exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição). Compreende que há um *nexo funcional* e uma *interdependência* entre essas duas *Democracias*.

Importante a idéia do autor italiano sobre *Democracia substancial* parte de o Estado estar dotado de *efetivas garantias* (liberais ou sociais) para a realização dos direitos, pela *maximização da liberdade e das expectativas dos poderes*. Mesmo com *impossibilidades reais* (sejam conjunturais ou estruturais), a *legitimidade* vem pela manutenção da meta de *maximização da carga de efetividade dos direitos fundamentais*. Além disso, seu progresso depende da expansão dos direitos e das suas garantias, para o maior número de âmbitos da vida e das esferas de poder, desde que ali também sejam tutelados os *direitos fundamentais*, sob pena de que a *desregulação* venha em prejuízo destes.

Identificou-se em Ferrajoli os *três níveis* em que se manifesta a *divergência* entre a *realidade* e o que espera em uma *Democracia substancial*: normas ordinárias *versus* atividades administrativas do Estado; normas constitucionais *versus* normas ordinárias; e, os princípios e valores que *legitimam* a existência do Estado e as normas constitucionais que o estruturam formal e materialmente. A legitimidade seria, contudo, sempre *imperfeita*, pois sempre haverá um grau de não realização.

A partir de Nino aduziu que nas democracias contemporâneas há razões éticas para fazer obedecer o direito: a) decorre da soberania popular; b) houve consentimento dos governados; c) há igualdade e alternância no poder. Nessa esteira, ainda, sobre a possível questão “qual povo?”, seria povo aquele que se fosse possível qualificar como soberano. Também reconheceu haver diferença entre consentimento e aprovação quanto aos atos dos representantes.

Sobre a *representação*, ponderou que a forma atual mais parece uma *democracia delegativa* do que *representativa*.

Ainda sobre Democracia, reconheceu que há de conviver com as *diferenças morais*, o que é facilitado por *relações cooperativas*. Com vistas à coesão não só da idéia, mas dessa Democracia com diferentes morais, não seria aceitável invocar *interesse pessoal* e isso seria a base do *sistema democrático*. Precisa-se do *princípio geral* – com que todos concordam. Somente uma *razão moral* justificaria a recusa a um comando.

## 2.2 PONDERAÇÕES E PROPOSTA CONCEITUAL

No contexto dos autores e obras selecionados, algumas ponderações serão agora lançadas, levando a teoria a uma aproximação (apenas isso, uma aproximação, não com intuito de traduzir completamente em prática) com o contexto brasileiro, na busca de um *conteúdo* possível do *Democrático* ou dos *Democráticos* possíveis no(s) Estado(s) atual(is).

a) A incompatibilidade entre o *capitalismo globalizado* (como visto por Giddens) e as aspirações no campo da *solidariedade social* reduz alternativas para o incremento desta, e, por outro lado, se acentuam as necessidades nessa área. Algumas novas soluções se percebe que vêm timidamente aparecendo, mas por certo não na mesma proporção das deficiências, e cada vez mais afastadas dela, de modo que o que foi visto em Müller, sobre os efeitos da exclusão social, torna o quadro muito preocupante, dado que há reflexo imediato na diminuição do que se possa chamar de *grau de Democracia atingido*.

b) A reflexão, ainda de Giddens, sobre uma *arena democrática* para a discussão do que é *controvertido*, como uma proposta de instrumento na atividade democrática é por demais interessante. O que se percebe hodiernamente é que muitas vezes soluções assemelhadas, ou derivadas, vêm sendo empreendidas em diversas esferas (legiferante, acadêmica, entre outras). Contudo, nosso *grau de Democracia* e a força de determinados *grupos de interesse* – nem sempre majoritários ou preocupados com a situação

geral ou a conseqüência de suas pretensões –, faz com que nas mais das vezes haja muita discussão, e até mesmo qualificada discussão, que poderia gerar ótimo produto, porém, a implementação nas esferas decisórias acaba prejudicada pela falta de interesse dos governantes, mandantes, ou, ainda, simplesmente relegadas a um futuro incerto por argumentos vazios e descomprometidos exemplificados na recorrente “governabilidade”, a par de outros também puramente econômicos e/ou nem de leve humanísticos, dentro do que Cademartori registrou como sustentação da *legitimidade pela eficácia* apenas. Aquilo que Müller frisou como *degeneração da legitimidade* frente às *forças de mercado*.

c) No tema da *legitimidade*, o que se depreende é que o *democrático* e seus instrumentos chegam a ser utilizados na manipulação tendente mais a amparar interesses incofessáveis de poucos do que o ideal do “governo do povo para o povo”. A *Democracia pela maioria*, lembrada por Cademartori, nesse passo, é a utilização até mesmo do voto, símbolo máximo da Democracia, porém, sem que se produzam reais possibilidades de escolhas qualificadas diante das aspirações sociais, o que bem observou Bobbio, inclusive quando referiu à influência da qualidade da *informação*. Afastam-se a promoção da *igualdade* e da *dignidade* que o mesmo último autor precitado tratou, remetendo-se a legitimidade tão-somente ao resultado do que o majoritário obteve, ainda que manipulado como massa facilmente subjugável. Autores como MacCormick, contudo, vêem aí – justamente – o limite dessa legitimidade da maioria.

d) No delineamento do *democrático*, Cademartori remete à interdependência entre o constitucionalismo e a democracia, estabilizando-se o *poder do povo* que passa a ser garantido pelo Estado de Direito, que garante e realiza os *direitos mais fundamentais*.

e) Nesse passo, acredita-se que há de ser trabalhada a idéia de Tocqueville de que no incremento da Democracia, as próprias leis se voltariam *contra o governo*. Em verdade, na idéia do Estado como garantidor e

baseado na Democracia, percebe-se que de fato haverá contraposição entre *governo* e *interesse democrático* apenas na medida em que aquele não esteja trabalhando nos interesses que o legitimam.

f) Ao adentrar em Müller, o que emergiu como bastante atual é a alienação nos processos e instrumentos democráticos de boa parte do *povo* decorrente esta não simplesmente de sua inércia, mas da premência de suas preocupações com situações mais urgentes como a própria sobrevivência, o que entra no mesmo ciclo, pois se estão neste nível é justamente como efeito daquele capitalismo globalizado que os exclui. Mais ainda avulta a questão quando se considera a imensa massa votante que se concentra nessa *casta*, o que em muito facilita a manipulação de que há pouco se tratou.

g) Chamou também a atenção a ponderação de Müller de que “A Democracia” é apenas um ideal não atingido e que com o que trabalhamos são diversos graus e instrumentos para caminhar em direção a essa linha do horizonte.

h) Tanto em Bobbio, como em Müller e Cademartori, sem querer mencionar todos, dado que se conclui ser pensamento harmônico entre tais autores selecionados no trabalho, reconhecem que apenas pelo *democrático* haverá segurança com relação às *liberdades fundamentais* e às *garantias fundamentais*.

i) Outra vertente que merece atenção são as idéias e também o que é *simplesmente aceito* sobre *mandado imperativo* ou *não-imperativo*, acreditando-se que o aprimoramento de algo intermediário e com instrumentos eficazes seria de alguma urgência, considerando o sentimento generalizado de *poder absoluto* que alguns eleitos nutrem, rasgando a cada dia mais texto constitucional, como se seu conteúdo lhes fosse disponível como bem privado e não como conquista popular.

j) Quando se passa a Ferrajoli, parece adequada à realidade brasileira a visão de que as promessas, em especial aquelas que viraram em algum momento uma legislação *avançada* e voltada a interesses humanísticos, essas até estão em um nível *quase satisfatório*, porém, é justamente sua efetivação e sua garantia que acusam o baixo *grau democrático* em que nos encontramos imersos, pois muitas vezes se percebe que tais previsões somente surgem (e muitas vezes depois são facilmente retrocedidas) para algum ganho de ocasião quanto à opinião pública daquela massa alienada antes referida.

l) Dentro do que Ferrajoli diferenciou como *poder político representativo* e *poder social direto*, é possível observar com clareza não apenas a tensão que o autor identificou, mas a proliferação de esferas alternativas (não estatais, ou não puramente estatais) onde há aquela *arena democrática* de discussão e formação de vontades que, ainda que algumas vezes com alcance territorial reduzido (mas ainda assim eficiente), faz com que algumas *democracias* existam com efetividade e estejam em franco desenvolvimento. Assim, afasta-se um pouco aquela Democracia que chamou de *meramente delegativa*, ao menos em alguns campos, surgindo *relações cooperativas* que somente têm ampliado seu campo de atuação e que – se percebe e se tem fé – são ilimitadas com relação ao caminho para uma realização de *Democracia* e seus melhores frutos (dignidade e liberdade) em grau nunca antes experimentado pela via dos *delegatários*.

\* \* \*

A partir desses elementos de destaque, vem agora uma tentativa de proposta conceitual (considerado o conhecimento em geral sobre Democracia), mas que para este trabalho consistirá na base do que se crê e na qual se fundarão as considerações e argumentos dos demais temas que compõem este Relatório de Pesquisa.



A *Democracia* num contexto brasileiro, não é um *status* alcançado, mas antes, algo *dinâmico* e *em curso*, contudo, nem sempre na mesma marcha à frente e na mesma velocidade. Para não deixar de ser o que pretende, o valor do *humanismo* deve ser seu norte, não podendo sucumbir às *forças de mercado*, disfarçadas também em argumentos de *viabilidade econômica* e *governabilidade*. Um dos mais eficientes instrumentos é a *informação qualificada* (ainda que simples, inteligível) que possibilite *escolhas efetivas pelos que podem decidir* (direta ou representativamente), assegurando-se a liberdade frente à manipulação de terceiros, a partir de um equilíbrio construtivo da idéia do *mandato imperativo*. Seu *habitat* mais favorável é o constitucionalismo e o Estado de Direito, onde cada indivíduo possa depositar a confiança na realização e no aprimoramento da dinâmica democrática e na garantia dos direitos e das liberdades individuais, mesmo frente a uma *suposta* maioria.

\* \* \*

Dito isto, releva a necessidade de proporcionar elementos para um efetivo controle dos limites de legitimidade dos poderes constituídos, para que não padeça o Estado (por seus agentes de poder) de ser um mero instrumento de interesses alheios ao bem público e aos valores da Democracia.

Esses marcos/termos de legitimidade podem ser identificados a partir de uma *leitura principiológica*, que iluminou os primeiros passos deste Relatório, observado o *contexto democrático* que se vislumbrou neste capítulo aqui.

Mais adiante, anota-se, tratar-se-á do elemento objetivo que condiciona a legitimidade da atuação dos agentes de poder: a norma jurídica nascida da jurisdição e seu *lugar* no ordenamento atual, considerada uma visão democrática e constitucional-principiológica.

Não que aqueles *não-agentes-de-poder* antes referidos também não possam contribuir para derruir o Estado Democrático de Direito,

pelo contrário. Mas dentro dos propósitos desta Dissertação, em que o tema principal é o *Enunciado Vinculante*, somente emitida por agentes de poder (específicos, inclusive), é necessário traçar um rumo a partir do que torna sua ação legítima, a norma jurídica, passando pelo que torna legítima a própria norma jurídica, no plano democrático. Afinal, formar uma idéia sobre o motivo e quando elas são consideradas um *produto democrático*.

### **Capítulo 3**

## A SÚMULA DE ENUNCIADOS VINCULANTES BRASILEIRA

De início, neste capítulo, importa registrar que ainda que se pudesse trabalhar com a inconstitucionalidade em si da Súmula que tem previsto efeito Vinculante para seus Enunciados, percebe-se que ela já se tornou uma realidade no meio jurídico pátrio e, devido ao seu emprego pela mais alta Corte optou-se por trabalhar num enfoque de adequação razoável (a partir da ponderação de princípios iluminada pelo viés de dinâmica democrática) ao sistema do constitucionalismo brasileiro, de modo a preservar a interpretação de viés principiológico e não simplesmente se rejeitar esse novo instituto, por pior que possa parecer a idéia de sua existência atual.

Para deixar bem claro: o mestrando entende, como alguns dos autores pesquisados, que há inconstitucionalidade total do instituto no direito pátrio, incompatibilidade invencível com os instrumentos democráticos. Contudo, existem e é uma realidade com que se tem de conviver, dado que o Guardião Maior da Constituição infelizmente aceitou tal ferramenta.

Buscando então situar uma compreensão possível sobre a Súmula nova, esse trecho seguirá a partir da Jurisprudência e seu papel como fonte do Direito. Em seguida, abordará o funcionamento das Súmulas hoje chamadas “tradicionais”. Com esses elementos, virá o cerne: o Enunciado Vinculante e como se pode enquadrá-lo no sistema sem perder de vista Princípios inarredáveis no Estado Democrático de Direito, além de alguns dos efeitos mais visíveis de sua aplicação sobre esses Princípios.

O *plano jurídico* brasileiro mudou com esse instituto. Não necessariamente evoluiu. Bem registrou Streck que “já está praticamente transitada em julgado a tese de que a solução para os problemas da justiça

brasileira passa, necessariamente, pela adoção do efeito Vinculante das Súmulas em geral e das decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal. *É a panacéia nacional*.

Releva também que se parte do pensamento de que as Súmulas não são *precedents* e nem se regulam pela doutrina do *stare decisis*, à semelhança da *common law*, conquanto seja inegável a inspiração em outros institutos, de outros tempos ou de outras paragens, considera-se que diante do peculiar estado atual do ordenamento no Brasil, bem como, as particularidades da organização judiciária nacional, se trata de algo novo *em essência* e para o que as respostas para as questões atuais não estarão no direito histórico ou alienígena.

### 3.1 JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO

Partindo da premissa que nosso país tem seu *Sistema* edificado sobre fundamentos da doutrina identificada como *civil law* (cuja idéia, se é possível exprimir em uma única expressão, ainda que imperfeita para isso, é o *primado da lei*), buscam-se elementos a respeito em Miguel Reale.

Rejeitando aquelas classificações mais freqüentes – e em doutrina atual ainda aparecem (*fonte formal, fonte material*) – assevera Reale que melhor é utilizar *fonte do direito* para indicar apenas os *processos de produção de normas jurídicas*. Ensinou o jusfilósofo brasileiro que:

Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma *estrutura normativa*.

Para Reale, o direito resulta de um complexo de fatores, através de formas, as *estruturas normativas*, que são: o *processo legislativo*, os *usos e costumes jurídicos*, a *atividade jurisdicional* e o *ato negocial*.

Outros autores, ainda, como Muscari, destacam a impropriedade de se falar de *fontes do direito*, seguindo a linha de Rubens Limongi França, no sentido de que “a lei, o costume etc., não geram, não criam, não produzem o Direito. O que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade humana”. Melhor então, a teor dessa doutrina, chamar de *modos* ou *formas* de expressão do Direito.

Sem querer polemizar com essa expressão tão conhecida, de muitas acepções – registrando para não desconhecer essas ponderações –, seguir-se-á utilizando a expressão “fontes do direito” no sentido tradicional, até para não causar confusão neste item, que é apenas um caminho para se chegar ao centro deste estudo.

Tratando então mais diretamente das fontes em si, Alexandre de Moraes chamou de espécies *normativas* e *fontes normativas primárias*, “aquelas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Carta Magna” e resultam do *processo legislativo* (este seria o rol do art. 59 da Constituição).

De outra parte, também no próprio ordenamento positivado, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estão previstas: a *lei*, a *analogia*, o *costume* e os *princípios gerais de direito*. Importante lembrar que as demais são usadas *quando a lei* (aqui em sentido de resultado do processo legislativo), for omissa. Por isso, a lei, se poderia dizer por agora, é a fonte *principal* e as demais seriam as *acessórias*.

Outra designação dessa divisão é em fontes *diretas* (ou imediatas, formais, primárias) e *indiretas* (ou mediatas, informais, secundárias). Na primeira categoria estariam as normas resultantes do processo legislativo. Entre as indiretas estariam a Doutrina e a Jurisprudência, por contribuírem para que a norma (fonte primária) seja elaborada e interpretada. Sobre isso, destacou Streck:

Pode-se dizer, então, que a jurisprudência é fonte por duas razões: uma, porque influencia na produção de normas individuais; outra,

porque participa da produção do fenômeno normativo, apesar de sua maleabilidade.

Afora as questões diversas envolvendo as diferentes classificações propostas por doutrinadores e aquelas interpretadas a partir das normas (direito objetivo), o importante é perceber que já antes de se falar em Enunciado Vinculante se discutia e – pode se dizer – a maioria dos juristas aceitavam (numa ou noutra concepção) a *Jurisprudência* como fonte do Direito.

Passando a outro plano, assim como praticamente tudo no Direito, *Jurisprudência* é um termo plurívoco. Streck bem ilustra isso nas linhas agora colacionadas:

A palavra “jurisprudência” pode ter, na linguagem jurídica, significados diferentes: [...] a) em sentido estrito, pode indicar a “Ciência do Direito”, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”; [...] b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto a jurisprudência uniforme como a contraditória; [...] c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em “firmar jurisprudência” ou “contrariar a jurisprudência”. [...] É nessa última acepção que se coloca o problema da jurisprudência como *fonte do Direito*.

Cumpre, pois, delinear sobre qual sentido é o aqui empregado.

A concepção costumeira considerada “mais técnica” (se é que isso é possível) fala em “corpo homogêneo de decisões de segundo grau”, ou seja, uma sucessão de decisões de casos semelhantes, no mesmo sentido, prolatadas por determinado órgão jurisdicional. Cunha explicita que é “uma espécie de consolidação do saber difuso, um certo consenso interpretativo, progressivo e inacabado do ordenamento”.

Importa salientar que boa parte do tempo as atenções se voltam à Jurisprudência dos julgadores de segundo grau, mas bem observa José

Guilherme de Souza que também há Jurisprudência no primeiro grau e entende ele que é ali que ela nasce.

Observa-se que o autor precitado, Magistrado catarinense inativo, trabalha com a “criação judicial do direito”, sendo possível ponderar, a partir de seu estudo, que melhor estaria a Jurisprudência como fonte *direta* ou *mediata* de direito do que como *secundária*. Esse caráter criador vem bem claro em Gomes:

[...] a decisão reiterada dos juízes e tribunais num determinado sentido forma a jurisprudência, que muitas vezes não só é fonte formal do direito como inclusive “criadora” dele (por exemplo: quem afirma no Brasil que só existe crime continuado quando as infrações não se distanciam mais de um mês umas das outras? A jurisprudência. Logo, essa regra foi criada pela jurisprudência. É lógico que não é uma posição ortodoxa afirmar que o juiz “cria” o direito, porém, na prática, é isso o que ocorre (muitas vezes) e inclusive é legítima essa função do juiz, desde que ele atue no âmbito do vazio legislativo (para suprir suas lacunas).

Conquanto por caminhos não exatamente iguais, é nesse norte a conclusão de Miguel Reale, categórico ao afirmar que

[...] numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como *fontes acessórias* ou *secundárias*.

Bem observa Souza que “tendo o juiz, agente do processo criador do direito, jurisdição e competência, suas decisões virão carregadas de conteúdo atributivo de direitos ao jurisdicionado que os reclamar e a eles fizer jus” e que “se o juiz ‘diz o direito’, ele o está dizendo num esquema lógico em que se transpõe a decisão e seus efeitos do plano do direito objetivo [...] para o subjetivo”, a dizer, concreto, resolutivo da questão. Sobre isso, Gilson Ferreira leciona:

[...] a lei, em sua relação de estreita afinidade e complementariedade com a jurisprudência, nela se abeberará de

vida e dela se nutrirá para o atingimento de sua pretensa universalidade e abrangência totalizante da vida [...].

De sua parte, Volnei Ivo Carlin assim já se manifestou:

[...] O Judiciário, ao interpretar juridicamente um fato, rompe definitivamente o liame que o subordina ao Legislativo, podendo dar ensejo ao nascimento de uma nova orientação jurisprudencial, traduzida numa fonte específica de direito.

Também se pode extrair do estudo de Marcelo Carlin que “mesmo constatando-se crise no Sistema de Justiça, percebe-se transformações e aumento de importância do papel do Poder Judiciário e do juiz no Estado Contemporâneo, o que pode ser percebido com a superação da visão tradicional do juiz como a boca fria da lei e com a aceitação da criação judicial do Direito”.

Sob esses prismas é possível – sem dúvida – trabalhar com Jurisprudência *fonte do Direito*, pois é dela que emerge o direito do caso concreto, construído a partir de regras abstratas e genéricas (características da norma legislativa) e concretiza-se o direito nos fatos vividos da realidade social, daquelas partes no processo judiciário.

E aqui, um ponto a destacar na doutrina de Reale, para quem “a diferença entre a obrigatoriedade do Direito criado pela jurisdição consiste em que ela se circunscreve à órbita da ação ou de competência do juiz, não obrigando os demais juízes”.

Com esta mesma conclusão, Streck registra o reconhecimento da importância da Jurisprudência na formação do Direito. Lembra que no Direito anglo-americano é mais determinante. Já no sistema latino, a predominância é da lei e seu papel seria menos significativo. Anotou:

Entendem alguns que, como fonte eficaz de Direito, esse papel é praticamente nulo: “Por mais reiterada que seja, a jurisprudência não constitui norma imperativa como fonte normal do Direito positivo”, assegura Washington Monteiro (1967, p.204). Nenhum



juiz, diz Monteiro, está obrigado a decidir em determinado caso concreto de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores, por mais firmada que esteja.

Pelo menos não era, até pouco tempo atrás.

Dito isto, considera-se que – em princípio – nem a lei (em sentido amplo) e nem tampouco a Jurisprudência podem ser *descoladas* ou ter *autonomia* (de sentido) uma com relação à outra, ainda que a *lei*, mesmo antes de ter feito surgir uma *jurisprudência* a seu respeito, naturalmente a ela já se reconheça todos os efeitos de obrigatoriedade, imperatividade etc. Da mesma forma, contudo, a história registra Jurisprudência acerca do que ainda não estava legislado (p.e. danos puramente morais, união estável etc.).

Dado que a Jurisprudência surge da interpretação, da integração das leis – e, em alguns casos, do costume, da analogia, dos princípios gerais de direito –, aproximando a previsão geral e abstrata da norma aos casos concretos e que há necessidade de contextualização para que determinado segmento da jurisprudência seja útil ou adequado à solução de uma lide ou mesmo à exposição de um argumento, alguém poderia concluir que ela não é *independente* o suficiente para ser *fonte do Direito* – nesse aspecto.

Essa suposição não se sustenta na medida em que a mesma conclusão serviria para a lei, pois para parte considerável dos sujeitos de direito (aqueles que consideram violados seus direitos, muito mais do que aqueles já inúmeros que procuram o processo judiciário), só a letra da lei não serviu para resolver sua *questão* apenas como previsão genérica e abstrata, resultado do trabalho do Legislador.

Assim, tanto a lei precisa da Jurisprudência (e estas da Doutrina) como também a jurisprudência se pauta na lei, sob pena de ser *contra legem*, situação em que o órgão de julgamento estaria dando como resultado (criando o direito do caso concreto) contra a lei que legitima não apenas o processo judiciário como sua própria qualidade de julgador.

Em seu estudo sobre a Jurisprudência, Ferreira refere a uma “relação de complementariedade entre a lei e a jurisprudência como fonte de direito”, bem resumindo a questão.

Como se viu, o panorama da Jurisprudência como fonte de direito não é límpido ou um produto acabado, pois se constrói por argumentos diversos em classificações variadas e muitas vezes conflitantes. Nem por isso era já antes ou é agora possível negar à Jurisprudência esse importante papel no ordenamento, de fonte, seja em que grau ou com que denominação.

Sobre como é considerada no Brasil, Streck bem sintetizou a idéia:

No Brasil [...] a jurisprudência, de início, não tinha senão uma autoridade doutrinária e moral, mesmo porque a Constituição do Império, no seu artigo 72, seguida pela Constituição de 1891, *já determinara que ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário, no Brasil, nunca teve função legislativa.*

Tudo isso terá de ser repensado, a partir do que se verá adiante, com a chegada do Enunciado Vinculante de Súmula, ainda que no sistema de *common law*, “a força da jurisprudência, como já se viu, é incomparavelmente maior que a jurisprudência dos países da família romano-germânica”. Trata-se de um hibridismo implantando no sistema brasileiro e de alguma forma se tem de trabalhar com ele.

Antes porém, uma visão sobre como até então se encaravam as Súmulas.

### **3.2 ENUNCIADOS DA SÚMULA “TRADICIONAL”**

Já na redação original, de 1973, o Código de Processo Civil previa a existência da Súmula, em seu art. 479, com a seguinte redação:

O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Muito antes ainda, mas sem previsão legal então, em 28 de agosto de 1963, emendando seu Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal instituiu a *Súmula da Jurisprudência Predominante*, com o fito de “compendiar as teses jurídicas firmemente assentes em suas decisões”. Esse compêndio, “a Súmula”, é composto pelos *Enunciados*.

Tal se deu, segundo Muscari, em razão do elevado número de processos então distribuídos à Corte (cerca de 8.700 por ano), muitos dos quais questionando matérias já apreciadas e pacificadas. Os objetivos, pois eram:

Introduzir um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais, mediante a simples citação de um número convenção; atribuir à jurisprudência firme conseqüências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetissem e exterminar as protelações deliberadas.

Inacreditável é que praticamente as mesmas justificativas levaram – mais de quarenta anos depois – à criação do Enunciado Vinculante.

Sabe-se, conforme estudo feito por Streck, que já Buzaid, na época em que delineava o atual Código de Processo Civil, pretendia a criação de Súmulas com força de lei, visando segurança e estabilidade na ordem jurídica. Muscari também registrou essa situação, anotando que a inovação não passou no Congresso Nacional, cortando-se a eficácia Vinculante das decisões proferidas no *incidente de uniformização de jurisprudência*.

Nessa esteira, Muscari denominou esses Enunciados *tradicionais de súmulas persuasivas*, lecionando:

Persuasivas são as súmulas que não têm força obrigatória, nem para o tribunal que as emite, nem para os juízes e cortes inferiores; podem exercer (e freqüentemente exercem) grande

influência no espírito de todos os operadores do Direito, mas a sua inobservância não é algo que afronte o ordenamento jurídico.

Um de seus idealizadores de 1963, o então Min. Victor Nunes Leal, a considerava um *instrumento flexível*, de simplificação do trabalho da Justiça. Entendia que ela não engessava o Direito porque havia o procedimento para ela ser modificada. Nesse procedimento, os interessados deveriam procurar argumentos novos ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Esse era o discurso *moderado*, pois Lênio Streck identificou que sua posição, na prática, era “radical a favor do texto sumular”, negando, inclusive, a possibilidade de interpretação, pois como ela tem o escopo de tirar dúvidas, se o Enunciado for passível de várias interpretações teria falhado em seu mister.

Ocorre que a Súmula, seus Enunciados, ao menos assim não se compreendia e até recentemente (a lei não era assim *tão expressa* a respeito), não tinha aplicação obrigatória em processos outros que não naquele de onde ela fora gerada. Um exemplo é manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a “má aplicação da Súmula não dá margem a recurso extraordinário, porque não é ela norma jurídica” .

Afinal, não seria ela *de per se* obrigatória, eis que era a norma interpretada, pois a Súmula não estava ali inovando a ordem jurídica, mas explicitando seu conteúdo.

Streck alinhou e sintetizou os propósitos da Súmula, referindo à necessidade de coesão ideológica do sistema, sistematização jurisprudencial, além de assegurar o respeito aos fins e às metas do sistema jurídico, propiciar diretrizes gerais para a ação judicial e regular a atuação dos demais atores jurídicos, e, ainda, orientar a reflexão interpretativa no momento da aplicação da lei. Seriam, pois, instâncias discursivas, reguladoras de outros discursos e, por fim, imunizariam o sistema do risco de interpretações *contra legem*. Para o autor, a Súmula “vem a ser a reserva final da produção de sentido

da norma”, controla a consistência das decisões, limita premissas hermenêuticas, oferece pontos de partida e de chegada para a argumentação jurídica, e, o que parece mais presente nos argumentos dos entusiastas da Súmula (além de uma suposta celeridade maior), estabiliza as expectativas da ‘clientela’ dos tribunais.

Recentemente, no julgamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, foi possível colher as impressões atuais de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito do regime dos Enunciados no sistema *anterior*.

Na ocasião, o Min. Eros Grau definiu os Enunciados como “expressões sintetizadas de entendimentos consolidados na Corte”. Lembrou, ainda, no mesmo acórdão o que anteriormente dissera o Min. Carlos Velloso: “as súmulas não obrigam, simplesmente predominam”. Na mesma votação, o Min. Sepúlveda Pertence ponderou que “a súmula, na sua concepção original, a não ser a sua eficácia argumentativa, esgotava seus efeitos no processo interno do Tribunal”.

A assim considerada *falta de imperatividade da Súmula* até então trabalhada, na forma como interpretada, foi um dos fatores que desencadearam o surgimento dessa nova situação aqui estudada.

Ainda assim, o papel que dela se esperava, dentro do amplo espectro de decisão a partir de inúmeras interpretações sustentáveis (algumas nem tanto) era “o de fixar uma destas interpretações possíveis, a partir de um texto normativo prévio, excluindo as demais”.

Tavares considera a padronização da Jurisprudência algo “muito oportuno”, para impedir “os conflitos dentro do próprio Judiciário, que, além de macularem sua própria imagem, pouco contribuem para a segurança jurídica, chegando mesmo a negar o princípio da isonomia de tratamento aos cidadãos, e correlata necessidade de coerência de qualquer sistema jurídico”.

Valdemar P. da Luz tem pensamento semelhante, registrando que a Súmula “visa assegurar às partes, em demandas múltiplas, tratamento isonômico em situações absolutamente idênticas”. A seu ver, “nada justifica que, em causas análogas e repetitivas, em virtude de aspectos meramente formais, uma parte venha a perder a demanda e outra venha a obter sentença favorável. Isto não é justificável aos olhos da população”, diz ele.

Com vista a um fecho neste item, pode-se dizer que a Súmula, como antes era interpretada e aplicada, vinculava a decisão apenas no próprio feito que a originara. Quanto aos demais feitos em andamento, até poderiam ter o mesmo destino, caso chegassem recursos ao Tribunal que a lavrou antes que ela deixasse de existir, ou fosse modificada (ou seja, embora provável, não era certo que fosse novamente aplicada). No que tange à Administração Pública, esta podia ignorar completamente a interpretação sumulada e somente a ela se obrigaria da mesma forma que os outros litigantes, se fosse aplicado o Enunciado em seu caso levado a julgamento, na pior das hipóteses, pelo Tribunal que o tivesse redigido. Às vezes, nem no próprio Tribunal de onde emanou a súmula ela era respeitada; bem o reflete o seguinte excerto:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.”

A verdade é que “dependendo da qualidade dos argumentos trazidos à baila para a sua emissão e da autoridade dos integrantes do tribunal

sumulador, haverá maior ou menor adesão dos juízes e cortes inferiores à orientação fixada”.

Apenas essa autoridade moral, contudo, e os argumentos que ao longo desse tempo todo se viu, por mais qualificados que tenham sido, não foram suficientes para o fim almejado. Veio então o Enunciado *Vinculante*.

### **3.3 ENUNCIADOS DA SÚMULA VINCULANTE**

#### **3.3.1 Previsão normativa**

Mesmo já não sendo desprezíveis os efeitos anteriores, já que para muitos era, de fato, *persuasiva* a Súmula, e também lembrando do efeito “canto da sereia”, e mesmo havendo aqueles que realmente tinham convicção e concordavam materialmente com esta ou aquela decisão sumulada, o quadro geral era considerado de insucesso. Para Tavares, o “pano de fundo” em que a Súmula Vinculante se insere, é o do “fracasso do incidente processual de uniformização de jurisprudência”.

Antes, porém, em 1998, passou a existir o *impedimento* (alguns passaram a chamar de *súmula impeditiva* ou *obstativa*) a recursos, com a redação nova dada ao art. 557 do CPC dada pela Lei n.º 9.756/98, que dispôs:

O relator negará seguimento a recurso [...] em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Na prática, só então a Súmula teria ganhado força normativa. Ainda que Reale antes já afirmasse que as Súmulas não eram “um simples repertório de ementas e acórdãos, mas sim um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina os seus arestos”.

Mais uma vez, não foi suficiente o efeito dessa possibilidade de obstar a subida de recursos (ou seu efeito ainda não pôde ser completamente sentido). Dessa modificação do recurso até o momento da reforma, o Supremo já tinha enfrentado distribuições anuais de praticamente o dobro da marca de 1998.

O crescimento exponencial da utilização dos serviços do Judiciário no período pós-Constituição de 1988, ligado aos efeitos dos planos econômicos que se sucederam (positivos e negativos), o aumento natural da população, o maior conhecimento dela sobre seus direitos e a possibilidade de lutar por eles, dentre outros vários elementos conjunturais e estruturais, tudo isso culminou com o abarrotamento dos tribunais em momento no qual a *gestão de processos* e o *gerenciamento de fluxo de informações* ainda não estava suficientemente maduro.

A conseqüência disso foi o prevalecimento, neste momento, da idéia de que para resolver processos o caminho é livrar-se deles com o menor esforço possível, admitindo eventual perpetuação de injustiças, agora em escala “industrial”. Claro, não é esse o discurso oficial, mas sim, a *celeridade* no processamento e a garantia de “soluções idênticas” a “situações idênticas”, tudo isso pretendendo transformar, em determinados aspectos, aqueles que já foram “a boca da lei” em “a boca da súmula vinculante”, momento de discurso restrito e controlado e de interpretação pretensamente proibida, com “sentido final” e unívoco supostamente estabelecido pela Corte mais alta.

Para Alexandre Rosa, a questão ainda vai mais longe, em sua visão sobre os motivos dessa necessidade de *controle* do *discurso* dos Juízes:

A reação das ‘elites’, entretanto, é imediata – composta inclusive por certa casta da magistratura, habilmente cooptada pelos ‘jardins’ das elites (Gramsci) –, no sentido de se impor, dentre outros mecanismos, súmula vinculante e restrição à defesa e ao acesso à justiça. Por básico, a função democrática do magistrado precisa de controles. Todavia, sua construção precisa ser



democrática e não simplesmente seguindo os caminhos indicados por interesses alienígenas, como se verifica no 'Documento 319' do BID, inconfessáveis, de resto.

Imerso em mais de 100.000 novos processos distribuídos por ano, e em especial sob o comando do Min. Nelson Jobim, cujas opiniões sobre soluções jurídicas para o Sistema de Justiça podem ser consideradas no mínimo *discutíveis*, aconteceu a chamada “primeira parte da Reforma do Judiciário”, consubstanciada na Emenda Constitucional n.º 45/04. Foi com ela que passou a existir a previsão constitucional do Enunciado de Súmula com efeito Vinculante.

Perseguia-se, mais uma vez, a “eliminação das antinomias do sistema” e com a “idéia é clara: diminuir o número de contendas envolvendo a Administração Pública”, engendrando-se então esse Enunciado *blindado* com efeito Vinculante.

Importa registrar que a decisão com efeito Vinculante já era prevista desde a Emenda Constitucional n.º 03/93 relativamente ao julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. No patamar constitucional, a previsão seguinte foi a alteração do mesmo § 2º do art. 102 da CRFB, que estendeu tal efeito também às decisões tomadas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Alexandre de Moraes bem memorou que a Lei n.º 9.868/99, já havia previsto a ampliação do efeito Vinculante para as ADIn, entendendo ele que “inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm efeitos Vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. [...] Dessa forma, seguindo a orientação da EC n.º 03, de 17 de março de 1993, que instituiu efeitos Vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade, a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade”. Essa previsão fora depois

*constitucionalizada* com a nova redação do art. 102, §3º, da CRFB, conforme referido antes.

Além dessa ampliação, surgiu o objeto desta dissertação, o Enunciado de Súmula com efeito Vinculante, no art. 103-A da Constituição, *in verbis*:

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.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

Ao estudar a EC n.º 45/04, Tavares registrou:

Reconhece-se na súmula vinculante a possibilidade de construção de enunciados por parte da Corte que sintetizem o entendimento já consolidado do STF sobre matéria constitucional, iluminando

operações judiciais posteriores com a expectativa de que esse entendimento seja seguido por todas demais instâncias judiciais e pela Administração Pública, sob pena de invalidação do ato contrário e responsabilizações. (grifado aqui)

Por sua vez, Alexandre de Moraes entendeu que, estabelecido o efeito Vinculante com relação a determinada matéria, estaria afastada “inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário”. E arrematou que “os efeitos vinculantes se referem, inclusive, à *ratio decidendi*, para se evitar qualquer tentativa de desrespeito da decisão em sede de jurisdição constitucional”.

Eis a diferença atual, ponto de separação entre a *súmula persuasiva* e a *Vinculante*. Muscari assim buscou explicitar a respeito:

[...] vinculantes as súmulas dotadas de força obrigatória, se não para o órgão jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízos monocráticos e colegiados que lhe são inferiores.

Em seguida, surgiu a norma regulamentadora, pela qual aguardou o Supremo desde a “Reforma”. A Lei n.º 11.417/06, conhecida como Lei da Súmula Vinculante, veio relativamente simples e com apenas onze artigos.

O projeto foi apresentado inicialmente no Senado em janeiro de 2006 e foi votado já em segundo turno em 9 fevereiro de 2006. Na Câmara, foi aprovado o Projeto em turno único em 30 de novembro de 2006. Em termos de Projetos de Lei no Brasil isso é praticamente *instantâneo*. Basta lembrar, só para usar um exemplo bem conhecido, que o Código Civil demorou de 1975 até 2002 para ter seu projeto aprovado.

### 3.3.2 Procedimento

Para que surja então um *Enunciado Vinculante*, uma sucessão de atos é necessária, ou, como bem definiu Tavares, um “*processo objetivo típico*, embora com certas particularidades, que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito *erga omnes* – Vinculante)”.

Nesse passo, o mesmo autor entende, ainda, que a possibilidade de atuação de ofício pelo STF não descaracteriza a natureza *jurisdicional* do processo em questão, pois a provocação estaria implícita nos diversos processos em que aconteceu a reiteração de julgados.

O início se dá, pois, de ofício (ou seja, pelo próprio Supremo Tribunal Federal) ou por provocação (de algum daqueles a quem se conferiu legitimidade para tanto). E, só para registrar, os três que até agora ocorreram, um foi iniciado pela Min. Ellen Gracie (então Presidente) e dois outros pelo Min. Gilmar Mendes.

Os legitimados para tal provocação são os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, e outros acrescentados na Lei n.º 11.417/06, conforme previsão de abertura interpretada a partir do próprio texto constitucional.

Observa-se que quando o proponente não tenha sido o Procurador-Geral da República, ele terá oportunidade de se manifestar (assim, haverá apenas uma manifestação do Ministério Público, evitando-se a possibilidade de opiniões conflitantes em momentos distintos, como é comum em outros procedimentos).

Há previsão, ainda, de admissão facultativa pelo relator (tal decisão é irrecorrível, expressamente) de manifestação de terceiros na questão, nos termos em que dispuser o Regimento Interno do STF.

Os requisitos ou pressupostos para o procedimento em questão são os seguintes:

- a) reiteradas decisões idênticas;
- b) sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração;
- c) desde que essa situação acarrete grave insegurança jurídica; e, concomitantemente,
- d) redunde em multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria) causando um aumento relevante do volume de processos na Justiça.

A redação resultante (o Enunciado que se incorporará à Súmula), decorrente da aprovação por oito Ministros (dois terços do plenário) depois, fará prevalecer seu *efeito Vinculante* tanto sobre os *demais órgãos do Poder Judiciário* quanto sobre a *administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*.

Acompanhando o entendimento de Tavares, parece *necessária* mesmo a existência de uma *fundamentação sólida*, mas não apenas em caso de cancelamento ou modificação de súmula anterior: também do próprio texto inaugural do Enunciado. Pode-se aduzir que a fundamentação já é reiterada pelo Supremo em decisões anteriores, porém, é importante que – dada a gravidade de um *Enunciado Vinculante* – a fundamentação tenha sido também resultado de dois terços dos Ministros e não uma aglutinação de fundamentos divergentes cujo resultado alcança oito julgadores e faz nascer essa nova “super” *norma*.

O autor referido considerava, sobre a fundamentação, que duas situações poderiam ocorrer:

[...] (i) a fundamentação fará parte da própria súmula, por ser imprescindível (como no caso da interpretação conforme a Constituição); [...] (ii) haverá uma interpretação em separado, justificando a edição da súmula.

Essa fundamentação veio, na prática, de forma pouco formal (como o procedimento em si ficou, na prática). Cada proposta de Enunciado teve um procedimento identificado por um número (Processos n.º 327.879/2007, 327.880/2007 e 327.882/2007) e recebeu votos na forma oral, reduzidos a termo na Ata de Julgamento daquela data.

Bem lembrou o autor ora em comentário que:

A fundamentação, nesses casos, parecer ser imposição constitucional. Contudo, poderá ocorrer na prática que o processo de formação da súmula vinculante culmine apenas com a redação desta, com a supressão das motivações que levaram os ministros a decidirem nesse sentido. Essa será, certamente, uma ocorrência destoante do dever constitucional de fundamentação das decisões (que há de aplicar-se à Justiça Constitucional, por proceder esta consoante um modelo judicial).

A respeito, observe-se que o inc. IX do art. 93 da Constituição traz que:

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (grifado aqui)

Não seria uma exceção no caso de tais Súmulas, e ainda que não se tenha observado uma fundamentação *mais desenvolvida* com relação ao preenchimento dos requisitos, e a referência ao fundamento de julgados anteriores seja apenas tópica, com o mínimo de boa vontade, o resultado

experimentado não chega a ser nulo. Anota-se que não é possível afirmar que os dois terços dos Ministros participaram de tais decisões precedentes, ou que já tenham voto motivado publicado.

Insiste-se que a decisão que resulta no verbete da Súmula seja motivada e fundamentada. O paralelo não é muito interessante, mas até mesmo as *leis* tem suas exposições de motivos, sob esse aspecto, o que constou da Ata, como já referido antes, atende requisitos mínimos, conquanto para o que é se esperasse um conteúdo mais robusto.

Dado que é possível Reclamação contra interpretação que subverta a *mens* do Enunciado, o mais adequado é que os motivos, os fundamentos, sejam mesmo explícitos. Faz parte da própria *legitimidade* da decisão isso.

Sobre os argumentos que formam a motivação, a fundamentação, Mônica Elias de Lucca Pasold registrou, e sempre é bom lembrar – sobre decisões judiciais – que: “a Argumentação sempre foi e ainda é um meio hábil para a conquista da Legitimidade” .

Paralelamente, cabe em cada caso se pronunciar a Corte sobre se os *efeitos Vinculantes* serão imediatos ou protraídos para outro momento, “*tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público*”, razões e interesse, diga-se, que deverão estar fundamentados também.

Para publicação e efeitos do Enunciado, previu o Legislador ainda que fosse em dez dias de sua aprovação publicado no Diário da Justiça e também no Diário Oficial da União.

Importa mencionar, ainda sobre o procedimento, que foi expressamente afastada a possibilidade de suspensão liminar de feitos em trâmite sobre o tema. É o que se conclui a partir do art. 6º, *in verbis*:

A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Sem pretender englobar ainda esse outra ramificação do tema, dados os limites deste estudo, registro que “da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar Enunciado de Súmula Vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação”.

Quando a omissão ou ato for da Administração Pública, somente caberá reclamação após esgotamento das vias administrativas, observando alguns autores que dependendo o caso, poderia caber mandado de segurança a ser examinado pelo juiz competente (de primeiro grau, p.e.). Tudo isso com vistas a agora não atolar o Supremo de Reclamações, receio que talvez ainda paire sobre os Ministros.

Por derradeiro, quando “julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso”.

Como se viu, o procedimento é relativamente simples, o que é um ponto positivo, mas ainda há alguns elementos a “calibrar” como a fundamentação, a motivação.

### **3.3.3 Natureza jurídica do Enunciado Vinculante**

Depois de visitar a doutrina e perceber que de longa data a *Jurisprudência* é considerada, de um modo ou de outro, *fonte de direito*. Após vislumbrar que alguns doutrinadores acreditam na força *criativa* e *atributiva* de direitos a partir das decisões judiciais. E mais, verificar que uma primeira tentativa de fazer valer um *efeito Vinculante* às Súmulas, já pensada – e não vingada – em



1973 (no mínimo, em termos de legislação) e referendar algo que vinha contra as pretensões de quem já engenhou as súmulas ainda em 1963, tem-se agora no ordenamento a previsão constitucional e infraconstitucional da existência de *Enunciado de Súmula com efeito Vinculante*.

É fato a se destacar que já existem três desses Enunciados, aprovados em 30 de maio de 2007 e publicados em 06 de junho de 2007.

Tratar-se-á agora de buscar encontrar um lugar para esse tipo de Enunciado no *Sistema do Direito* pátrio.

Dito isto, já se viu antes, quando se trabalhou com as Súmulas *tradicionais* ou *persuasivas* que apareciam então já aqueles que nela reconheciam natureza *normativa*. Outros, passaram a aceitar a *natureza normativa* tão somente a partir da possibilidade de obstar recursos (novo art. 557 do CPC).

A atividade *normativa* ou *legislativa*, designações utilizadas alternadamente nos meios de comunicação, tem seus opositores “não-técnico-jurídicos”. Veja-se em excerto do Editorial de 02/10/2007 do Jornal “Valor Econômico”. A interesse de quem trabalha o nome já bem esclarece. O tema é a decisão sobre a fidelidade partidária. Reclama o Editor que o STF está se arvorando na função de legislador. *In verbis*:

[...] o STF, a pretexto de preencher lacunas nos textos legais, tem tomado sucessivas decisões e assumido o papel de legislador em matérias relativas a eleições e partidos políticos. [...] Se os mandatos dos trânsfugas forem cassados por decisão do STF, o Supremo terá também extrapolado a lei e a Constituição, já que nenhuma delas prevê punição para a infidelidade. [...] persiste também a dúvida se o STF pode ter tanta ascendência sobre um outro Poder, rompendo o equilíbrio que deve existir entre eles. [...] Numa democracia, o Legislativo legisla – e, por pior que possam parecer as leis aprovadas pelo Congresso, cabe ao Judiciário apenas julgar, nos limites por ele definidos. O Congresso é eleito para fazer leis. O STF não foi submetido às urnas.

Considere-se que o Editor sequer está falando sobre Súmula Vinculante e já “acusou” (pejorativamente falando) eu seu texto o Supremo de “legislar” em no mínimo três situações que citou, além de criticar a decisão que estava por vir a partir de mesmas premissas parciais (como todo editorial) e equivocadas (como alguns, poucos, editoriais).

Voltando para a Súmula, lembrando com essa digressão que já se enfileiram interessados em questionar o papel do STF em sua atividade corriqueira, o curioso é que muitos desses são defensores ardorosos da novidade *Vinculante*.

Um dos argumentos é de que não há efetiva nova criação de norma. Para Muscari, “ao emitir Súmula Vinculante, o Poder Judiciário não inaugura a ordem jurídica, criando direitos e obrigações; simplesmente giza o alcance da norma que o legislador, antes, editou”.

Talvez essa seja uma melhor forma de admitir a existência desse instituto inserido no ordenamento e que destoa de certa forma do padrão *civil law*.

Não socorre tal argumento, contudo, diante da circunstância de que surge mesmo um novo *texto normativo*.

Além disso, surgem sim obrigações e direitos diferenciados com a redação de um Enunciado assim. Há uma obrigação dirigida ao Judiciário e à Administração Pública, afetando os sujeitos de direito (cidadãos, terceiros) que inclusive não fizeram parte de qualquer procedimento.

O Min. Gilmar Mendes, em manifestação durante o voto do Min. Sepúlveda Pertence, na já precitada ADPF n.º 80 disse:

[...] já estamos na seara da súmula obstativa. Na medida em que se provê, ou não, recursos, a partir da súmula, ela adquire força normativa [...]. Lembro-me de que quando se discutiu, no Congresso Nacional, inicialmente, a reforma do Judiciário, na

versão do relatório do Min. Nelson Jobim, dizia-se, expressamente, que haveria a súmula vinculante [...] mas contra ela caberia, então, ação direta de inconstitucionalidade, admitindo já o seu caráter normativo. Isso é inequívoco.

A última intervenção no voto do Min. Pertence veio do Min. Carlos Britto que arrematou: “Caráter normativo e primário”.

Curioso é que autores como Tavares, entendem que “não será cabível nem a ADPF nem a ADIn em face de Súmula Vinculante”. Aliás, aquela de n.º 80 em comento não foi conhecida por ser “outro” o modo de buscar a mudança de texto de Súmula.

Na prática, na sessão em que foram aprovados os três primeiros Enunciados, o Min. Celso de Mello mais uma vez evidenciou a diferença entre a Súmula comum e as novas, observou Reis a respeito que

Segundo ele [Min. Celso de Mello], as primeiras são apenas sínteses de decisões da Corte sobre a aplicação de determinadas normas, uma mera referência paradigmática, que serve de orientação aos julgadores de nível inferior, sem esquecer que, na forma das novas normas processuais, os relatores têm atribuições para decidir sobre os temas – favorável ou contrariamente –, em função dos enunciados existentes. Já as súmulas vinculantes são “normas de decisão”. Ou seja, possuem poder normativo, porque têm um conteúdo subordinante.

Na mesma esteira, Ferreira assim se desenvolveu:

[...] tendo como primordial efeito atribuir força normativa à orientação do Supremo Tribunal Federal [...] termina por equiparar as decisões do Supremo Tribunal Federal ao texto normativo positivado e, nesse particular aspecto, é possível sustentar que a jurisprudência, doravante, com a força vinculante que lhe atribui o Supremo Tribunal Federal de ofício ou mediante provocação [...] seja conduzida ao panteão das fontes formais de direito. (grifado aqui)

Isso faria com que o rol do art. 59 da Constituição fosse “ampliado”. Não no sentido de inserir o Enunciado Vinculante como resultado do processo legislativo, mas dentre aquelas *espécies normativas primárias*, acrescentando-se essa norma nascida com caracteres e forma genérica e abstrata (desvinculada dos casos originários) entre aquelas formas da *lei*, aquelas a que se refere o inc. II do art. 5º da Constituição:

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sílvio Nazareno Costa, nesse passo, é categórico: “A súmula com força Vinculante é lei material”. Leciona que “tem efeitos *erga omnes*, conquanto não decorra do processo legislativo constitucional. Sob certos aspectos, tem mesmo mais força que lei”.

Há resistência na doutrina, contudo. A respeito, já se afirmou que “*não é atividade meramente legislativa, muito menos com patamar de lei [...]*”, e, ainda assim, afirmou-se que não se trata “*do exercício da clássica função jurisdicional*” .

É digno de nota que os doutrinadores que trabalham e são favoráveis ao Enunciado Vinculante, alguns não admitem o qualificativo *norma jurídica* (passando ao largo da normatividade da Jurisprudência em geral), mesmo no caso peculiar do Enunciado Vinculante. Por estarem ligados ao formalismo da idéia clássica da Separação de Poderes negam que se trata de uma norma jurídica, esquecendo que também o Executivo edita textos legais em forma de Medida Provisória. É essa visão limitada que identificou o Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão, ao destacar que:

Embora não corresponda à realidade, o certo é que a divisão de funções entre as instâncias de exercício de Poder do Estado, que a Constituição denomina de Poderes [...], tem assumido o caráter de um dogma quase absoluto, especialmente na prática forense [...].

E quanto à mitigação dos conceitos iniciais acerca da Separação de Poderes e sua aplicação não necessariamente integral, mais adiante registra o mesmo autor:

Em muitas oportunidades, o Estado tem deixado de desempenhar, por meio de uma ou algumas de suas instâncias de exercício de Poder, as funções que lhe são atinentes, seguindo de forma absoluta a corriqueira afirmação de que um Poder do Estado não pode se imiscuir na esfera de funções de outro, quando a própria ordem constitucional lhe atribui o dever de desempenhar função diversa daquela que é considerada típica de seu âmbito de atuação.

É o que aconteceu com o Judiciário, nesta “reforma” trazida com a EC n.º 45/04.

Nesse passo, para Streck a situação é clara: com Enunciados Vinculantes o poder do Supremo Tribunal Federal fica maior do que o do Poder Legislativo e “*passará a legislar*, o que, à evidência, quebrará a harmonia e a independência que deve haver entre os Poderes da República. Daí a urgência de se indagar acerca da legitimidade do Poder Judiciário para tal” , destacando, sobre a legitimidade que referiu, aquela que leva em conta a *perspectiva da Constituição como um espaço de mediação ético-política da Sociedade*, mais do que *mero simbolismo tradicional* (Giddens). Explica, ainda, que

[...] toda edição de Súmula – ou de verbetes jurisprudenciais – corresponde à formação de um *arbitrário juridicamente prevalecente*. [...] “única possibilidade interpretativa”. Daí poder-se dizer que, enquanto a lei é uma programação de sentido feita pelo legislador, a Súmula reprograma e uniformiza de forma unilateral o sentido original, descontextualizando e, portanto, estereotipando o sentido da norma.

Aliás, aqui surge uma objeção considerada das mais importantes a respeito do Enunciado Vinculante:

[...] as próprias decisões adotadas pelo poder constituinte não foram reforçadas com efeito vinculante, quer dizer, a Constituição deixou de adotá-lo para suas normas, sendo apenas aplicável às decisões do Tribunal Constitucional, conferindo a estas, pois, escandalosa e paradoxalmente, um grau máximo de força normativa.

Ainda que possa parecer contraditório, o mesmo autor entende que se dissipa a preocupação decorrente de tal situação considerando-se que “o Tribunal Constitucional é legítimo representante” do Poder Constituinte.

Sem pretensão de *fechar a questão*, a esta altura é possível admitir que a Jurisprudência sumulada com efeito Vinculante foi alçada constitucionalmente e, também legalmente, a *fonte primária* do Direito, com caracteres de *lei* (em sentido amplo) dada sua generalidade, abstração, imperatividade, e ser resultado de procedimento constitucionalmente previsto para seu surgimento como norma.

Evidente que tal idéia precisa ser amadurecida e até mesmo mais fundamentada a partir de um estudo próprio, mais exaustivo, mas para o alcance dessa dissertação, lançar esta proposta já é o suficiente.

\* \* \*

Consideradas então essas *premissas de trabalho* com o Enunciado de Súmula Vinculante, na seqüência serão topicamente examinadas questões/objeções acerca do instituto, procurando-se compatibilizar sua existência prática com os preceitos democráticos do Capítulo 2 e o norte de principiologia na interpretação do Capítulo 1, ainda que entenda o mestrando haver inconstitucionalidade. A opção para esse trabalho, contudo, foi de encontrar formas de trabalhar com o novo instituto, pois a mera negativa geral não ajudaria muito na realidade atual.

Não virão eles com respostas definitivas e completas, não se pretende isso aqui, mas sim, ao menos com um norte na argumentação já desenvolvida a respeito.

## Capítulo 4

### QUESTÕES PONTUAIS

A teor de tudo quanto já foi tratado até o momento, emerge claramente que o surgimento do instituto com que se trabalha trouxe expectativa de *redução de número de processos* no Judiciário em geral, e especialmente no Supremo Tribunal Federal. Além disso, o desejo (de interesses nem sempre confessáveis) de *segurança* com relação a pronunciamentos judiciais em temas de *repercussão*.

Tudo isso, como bem percebeu Dallari “[...] nada têm a ver com a procura de um sistema judiciário eficiente, barato, rápido e capaz de acolher os valores mais caros ao povo neste momento da história brasileira e de oferecer solução pacífica e justa para os conflitos de direitos”.

Inúmeras foram as objeções desenvolvidas ao Enunciado Vinculante, vindas de doutrinadores e julgadores dos mais influentes e bem credenciados para as opiniões que emitiram. Dentre elas, considerou-se trazer a esta Dissertação algumas das que se identificam com a linha de pesquisa trabalhada pelo mestrando.

#### 4.1 ACESSO À JUSTIÇA

Incapaz o Judiciário, neste momento, de desenvolver uma gestão eficiente e célere para tratar da plethora de feitos que lhe aportam, “a alternativa que se põe”, ponderou Cunha, “parece estar entre reprimir a demanda (crescente devido à abertura democrática) ou reformar a máquina”. Nesse quadro, a *escolha política* (altamente questionável) foi pela repressão à demanda. E o



Enunciado Vinculante nem é a única ferramenta desenvolvida com esse objetivo. A própria previsão de efeito Vinculante para decisões do Supremo, que segue em seara semelhante, além do mecanismo da *repercussão geral* são também exemplos de *filtros* que se alinham nessa tendência de frear o acesso à Justiça.

Apressaram-se os defensores da Súmula Vinculante em negar prejuízo ao princípio do *livre acesso à Justiça*, sob o argumento simplório de que não foi impedido o ajuizamento de demanda.

De fato, felizmente não se poderá/deverá indeferir uma petição inicial sob o argumento de que a matéria de fundo *será improcedente* em razão do disposto em Enunciado de Súmula Vinculante. O que vai de encontro à lógica dos defensores do instituto, diga-se.

Todavia, o que se percebe é que assim sendo, ainda que possa levar a juízo sua pretensão deduzida contra o que diz um Enunciado Vinculante, o sucesso da empreitada é bastante difícil.

Pergunta-se então até que ponto um Juiz que tenha aceitado processar casos concretos e comece a decidir contra o Enunciado Vinculante não estará cometendo “indisciplina” funcional passível de repreensão. Afinal, há quem pense que “*A Reforma do Judiciário, alterando a CB, considera como desacato à autoridade da Súmula Vinculante o ato que a contrariar ou que indevidamente a aplicar*”.

Sabe-se que em sua função, o Juiz tem de “[...] expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o *devido processo legal*, levando em consideração os argumentos construídos no procedimento, em decisão motivada [...]”.

Pode-se afirmar que o Juiz da causa (pode ser o de primeiro grau, ou um Tribunal em sua competência originária), é quem primeiro tem o direito/dever de “dizer o direito” para o caso concreto, dado o contraditório instalado, com especial destaque para o direito da parte de ser ouvida.

Streck entende que esse *diálogo* aberto o suficiente entre os fatos com o Direito fica obstaculizado pelo Enunciado. O mesmo autor, ao estudar a hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmen Lucia Antunes Rocha registrou da doutrina dela, que diga-se – participou da edição das três primeiras súmulas – assim lecionava:

Carmen Lucia Antunes Rocha (1996, p.10) [...] assevera a autora, a instituição da Súmula vinculante – e me permito acrescentar, das decisões definitivas de mérito – não tem: [...] o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14, CRFB).

Sabe-se que no Judiciário, a edição das *normas concretas* decorrentes das decisões, são normalmente fruto da *ciência e participação* das partes envolvidas (*Princípio do Contraditório*). Mesmo ações coletivas previram a possibilidade de manutenção da discussão individual (quando assim pretender o cidadão), dado o direito individual (fundamental) de acesso ao Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito. Essa é a forma de participação democrática na formação da decisão judicial. O acesso a essa possibilidade de discussão é até mais concreto do que relativamente à legislação em geral – cada um pode discutir a aplicação ou a interpretação da lei. No que tange ao Enunciado Vinculante, nem isso, nem a participação lembrada pela Ministra. Sobre essa possibilidade real de discutir, de falar e ser ouvido:

O primeiro dever do juiz é ouvir. Se a parte é dispensada de discutir o Direito, e se este se presume conhecido pelo juiz, isso não o dispensa de ouvir a parte, no que diga sobre o Direito.

Lênio Streck trouxe também paráfrase ao que já dissera o Juiz Dirceu Aguiar Cintra: “se estes impedirem o juiz (ou os tribunais inferiores) de dar a primeira palavra, que nasce da dialética do cotidiano, da sangria da Sociedade e do calor dos fatos, as discussões na base do Judiciário estarão

imobilizadas! Então, do crime de hermenêutica de que falava Rui, ao crime de porte ilegal de fala (Bourdieu), faltará muito pouco!”.

De fato o direito de ação – nominalmente – remanesce íntegro, como pretendeu reforçar Mancuso, devendo-se apenas “[...] entender-se que a pretensão ali exercitada pode agora ter como referencial um precedente judicial obrigatório, o que, aliás, vem emprestar previsibilidade à resposta judiciária e mesmo pode justificar a antecipação de seus efeitos, bem como a outorga da tutela antecipada ou mesmo da cautelar”.

Por sua vez, Muscari fez questão de ressaltar que “todos que desejarem um pronunciamento da Justiça irão merecê-lo, inclusive com oportunidade para (i) demonstração de que o quadro fático concreto diverge daquele que originou a súmula e (ii) dedução de argumento novo, ainda não submetido ao Poder Judiciário”. No mesmo norte assevera Tostes, para quem “inexiste qualquer afronta ao princípio da garantia do acesso à justiça”.

Conquanto pareça que a solução para a *aceitação* do Enunciado frente a este Princípio esteja residindo mesmo na possibilidade de se reconhecer que argumentos novos poderão *afastar a súmula* e, ainda, que  *fatos diversos* podem levar a *outra interpretação do direito*, diferente daquela fossilizada na Súmula Vinculante, restará ainda uma preocupação.

É que considerada a *repressão geral* de demandas causada pelo conhecimento a respeito do Enunciado entre os cidadãos e operadores do direito com poder de iniciativa (Advogados, Promotores), há sempre a possibilidade de demandas não serem trazidas a Juízo e, após o prazo prescricional do direito do indivíduo, tal Enunciado ter deixado de existir. De fato, aí haveria prejuízo ao *acesso à Justiça*, mas não mais do que poderia acontecer com qualquer outra lei ou ato normativo que causasse esse comportamento passivo por parte do cidadão.

Além disso, não foram ainda traçados parâmetros pela lei ou pela Jurisprudência sobre limites objetivos para aceitar a discussão, em um caso concreto posterior, do alcance dos efeitos de um Enunciado. É algo a amadurecer, mas sem perder de vista a lição de Cunha, para quem:

O judiciário deve respeito a quem nele põe confiança, ainda que vã ou romântica a esperança de vencer. É dessa confiança que nasce sua autoridade. Não fosse assim, o judiciário não se restaria à realização do Direito, mas à legitimação do poder. Afinal, tudo se resume em saber se o Brasil deve adequar-se às dimensões do seu judiciário, ou se o judiciário deve adequar-se às dimensões do Brasil.

## **4.2 A ISONOMIA E A SEGURANÇA**

Ser previsível (segura) a solução final de uma controvérsia é pretensão comum dos defensores do novo instituto. Da mesma forma, garantir que situações que se entende “idênticas” tenham a mesma solução lá ou cá, no território brasileiro. Tocqueville já disse sobre esse apego à igualdade:

Foi dito cem vezes que nossos contemporâneos tinham um amor muito mais ardente e muito mais tenaz pela igualdade do que pela liberdade [...].

Considera Albuquerque Silva que tal instituto guarda “[...] plena compatibilidade com a democracia, através da íntima relação que mantém com os princípios estruturantes daquela: a igualdade e Liberdade”.

Na doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, invocada por Mancuso, essa idéia é bastante clara, a partir da ponderação colacionada a seguir:

O princípio da isonomia se constitui na idéia de que todos são iguais perante a lei, o que significa que a lei deve tratar a todos de modo uniforme e que correlatamente as decisões dos tribunais não

podem aplicar a mesma lei de forma diferente a casos absolutamente idênticos, num mesmo momento histórico.

Da mesma forma em Alexandre de Moraes:

*As súmulas vinculantes* surgem a partir da necessidade de reforço à idéia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Acontece que nenhum caso é idêntico a outro. As tais *desigualdades arbitrárias*, muitas vezes, residem na situação fática trazida a exame, e na interpretação justa que se pode dar ao direito diante daquele quadro. Podem acontecer semelhanças, contudo, o contexto é na maioria das vezes diferenciado. Não é arbitrariedade de cada Juiz, mas sim, a arbitrariedade da vida. E a interpretação da lei, cristalizada em Enunciado que não considerou tais situações fáticas e delas se despreendeu, o que não parece levar a uma solução justa *a priori*.

A respeito, José Guilherme de Souza sustenta tal ponto de vista contra os que, a seu ver “[...] pretendem uniformizar e homogeneizar as decisões judiciais em blocos pré-moldados de normas aplicáveis indistintamente a casos apenas semelhantes, jamais idênticos [...] espécies de ‘leitos de Procusto’, a que têm de se encaixar à força os casos em julgamento [...]”. Isso não se daria, segundo o magistrado citado, sem um duplo risco, que assim identificou:

(a) distorção na aplicação de padrões estereotipados a situações flagrantemente atípicas e peculiares;

(b) perenização, não só das aludidas distorções, como de obstáculos a uma visão ampla do universo jurídico, aberta para soluções mais humanas e justas.

Salienta, então, que:

Pode perenizar-se uma forma certa de julgar – e mesmo aí existirá o risco de distorção, pela não-adequação do padrão decisório a uma nova realidade social, fruto da evolução humana, a demandar soluções mais atuais e inteligentes; pode perenizar-se uma forma errada de julgar – e aí o risco será duplicado, sem dúvida alguma.

Dallari não é menos cáustico sobre o tema ao tratar dessa questão da suposta “insegurança”. Para ele, se fosse assim tão fácil que cada um soubesse de antemão, com certeza absoluta, as regras que são obrigatórias e como elas serão interpretadas no seu caso concreto, seria melhor, então

[...] tirar de todos os juízes e tribunais a competência para interpretarem qualquer lei ou ato normativo. E será melhor ainda acabar com o próprio Judiciário, como também com o legislativo, pois se o Executivo ditar as normas e for o único autorizado a interpretá-las não haverá divergências e todos saberão desde logo quais são as regras e ninguém poderá contestar a interpretação dada pela autoridade. Mas nesse caso, para haver coerência, será necessário eliminar a Constituição, o direito, a liberdade. Como fica evidente, esse argumento não é compatível com uma Sociedade democrática e não pode ser levado a sério por quem acredita no direito como instrumento de justiça e de paz.

É o que Mancuso percebeu em sua indagação: “A isonomia estabelecida pelo constituinte se reduz àquela meramente formal, virtual, afirmada como princípio ou diretriz ou, contrariamente, há de ser real, efetiva, compreendendo o *tratamento equânime dos jurisdicionados diante da norma*, quando esta vem aplicada pelo estado-juiz aos casos concretos?”.

Pois bem, essa expectativa não será atendida, eis que, como já se trabalhou, no caso concreto é que poderá existir a diferença e o Enunciado Vinculante acontecer de vir a ser afastado.

### 4.3 O SUPRIMENTO DAS LACUNAS

José Guilherme de Souza reconhece, com certo humor é possível dizer, que “[...] a ordem jurídica contém lacunas, inclusive intencionais; que o digam os criminosos de colarinho branco”.

Pretendem os redatores dos Enunciados Vinculantes que seu verbete retire a ambigüidade do texto legal, e saber, por outro lado, que “[...] mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária”; isso tudo leva a crer que ainda existirão ambigüidades e margens interpretativas após a redação de um Enunciado Vinculante, conquanto haja limites para isso, a teor do que observou Coelho:

Apesar da natural abertura dos enunciados normativos, a ensejar diversas interpretações, nem por isso quaisquer leituras podem ser consideradas igualmente válidas, até porque existem critérios para se verificar a sensatez de uma interpretação textual e, à luz desses parâmetros, desqualificar as que se mostrarem indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis.

Se os produtos normativos do *Legislativo*, democraticamente eleito para isso, resultam em redações ambíguas o suficiente a ensejar um Enunciado Vinculante, teria legitimidade mesmo o Supremo Tribunal Federal, essa condição de ceifar a possibilidade – em genérico e em abstrato e criando uma norma/texto – de se discutir determinado assunto, para fora dos limites do processo e subjugando os demais órgãos do Poder Judiciário? Afinal, é diferente poder dizer que uma norma é constitucional, e outra não é, do que criar um texto normativo genérico e abstrato imponível contra o próprio Judiciário inclusive – alterando ou acrescentando normas ao ordenamento.

Quanto a tais objeções Tavares sustenta:

(i) a própria CB, fruto da vontade soberana de uma Sociedade, admite os termos em que o Judiciário (incluindo o STF) atua;

(ii) a capacitação técnica é uma das melhores formas de legitimação do Judiciário;

(iii) a promoção dos direitos fundamentais não deve depender da formação de maiorias conjunturais (legitimidade pela representatividade eletiva), pois a legitimidade-democrática não depende apenas da formação de maiorias votantes [...].

Mesmo mitigado o conceito de separação de poderes, aceitando de Muscari, que argumenta que as atividades não são “exclusivas”, mas “preponderantes”, não estaria vulnerado o Princípio em sua concepção atual? A resposta, para Streck, já é presente:

[...] a imposição de Súmulas, isto é, de normas gerais e abstratas (textos jurídicos) pela cúpula do Poder Judiciário às instâncias inferiores, é a própria negação da função da jurisprudência, convertendo-se esse Poder de Estado em um arremedo de legislador, o que, além de tudo, é constitucionalmente ilegítimo.

Ao tratar da natureza da Súmula Vinculante, já se trabalhou considerar que os Enunciados dela passam a ser considerados *norma primária* e que *não é oriunda do Poder Legislativo*. Tanto Mancuso quanto Streck lembraram do que dissera o Min. Eros Grau no 18º Colóquio Internacional de Semiótica e Direito:

[...] a atribuição de efeito vinculante às decisões de que se trata implica a imposição de uma espécie de censura ou limitação ao exercício, pelos “demais órgãos do Poder Judiciário”, da função de intérprete autêntico do Direito. Pois não é outro, senão o seguinte, o conteúdo dessa imposição: *fica proibido aos “demais órgãos do Poder Judiciário” o exercício de sua função de intérprete autêntico do Direito) com relação às matérias que o STF, por maioria de dois terços, indicar.*



Pondera-se que, contudo, sequer o Congresso, “representação máxima” do povo, tem produzido normas que sejam efetivamente resultado de um certo consenso de seus eleitores, ou pelo menos, entre a maior parte deles. Essa é objeção também reconhecida por Cappelletti.

Esse suprimento de lacunas então promovido agora sob o pálio da Súmula Vinculante seria apenas uma aceitação ao *convite* feito aos Ministros – e sua legitimação, a partir da reforma constitucional – a *colaborar* na evolução do direito, estabelecendo ainda paralelo com Cappelletti.

Cappelletti entende que esse problema da legitimidade democrática pode ser considerado atenuado quando as cortes constitucionais têm Juízes nomeados politicamente, e é este mesmo o caso do Supremo Tribunal Federal, que o considerou “um componente da aliança política dominante no país”.

Adverte Streck, de outra parte, que “[...] a construção das condições de possibilidade de uma democratização da justiça e em especial do Poder Judiciário não pode sucumbir ao sedutor canto de sireia do *establishment* jurídico – dogmático e do Poder Executivo, que, antes de mais nada, apostam no efeito Vinculante como um *projeto de poder*, que está agregado – e somente assim pode ser entendido – às demais reformas constitucionais que tramitam no Congresso Nacional”. Sua conclusão é inarredável:

Por isto, torna-se ilusória e ineficaz a pretensão de, via jurisprudência, fazer o que não é/foi possível fazer por intermédio da legislação, isto é, antecipar e fixar em abstrato o conteúdo juridicamente concreto das decisões judiciais.

Alexandre Morais da Rosa ponderou, com Hart, que é impossível ao legislador humano dispor sobre a plenitude das condutas possíveis por meio da linguagem, principalmente pelo seu caráter ambíguo e vago. Pretender que o Supremo dissipe completa e definitivamente quaisquer dúvidas a respeito de alguma norma editando outra, e que tudo que possa vir a acontecer a respeito possa ter como resposta certa o teor do Enunciado, é muito, é demais.

#### 4.4 A PARALISAÇÃO DO DIREITO

Muitos defensores do Enunciado Vinculante afirmam que não haverá engessamento do Direito.

Streck já alertou, contanto, que “tentar aprisionar os fatos em verbetes é seqüestrar o tempo do Direito”.

O argumento principal dos defensores é de que assim está “garantido” porque foi previsto processo de alteração dos Enunciados e seu possível cancelamento (já o fora dito em 1963 pelo Min. Vitor Nunes Leal).

E para quem pensa que a Súmula é algo muito estável, apenas um exemplo recente, em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

Essas duas sensações contraditórias são preocupações pertinentes ao problema instalado com o advento da Súmula de Efeito Vinculante.

Por um lado, se tem o Superior Tribunal de Justiça (que felizmente ainda não obteve a possibilidade de enunciar com força Vinculante) e que renova e reverte Súmulas em pouco tempo (três meses na situação antes referida). Nem que fossem três anos. O fato é que quando a demanda é julgada pela primeira vez, pode ter se baseado num Enunciado – ou até mesmo em Jurisprudência predominante – e, quando chega em grau de recurso a determinado Tribunal, o entendimento já pode ser o oposto. Recentemente, apenas para mencionar, tal situação aconteceu muitas vezes com a descaracterização do contrato de *leasing* que previa pagamento antecipado do *valo residual garantido*.

De outra parte, se tem a visão de que um entendimento cristalizado, Vinculante, em especial no Supremo Tribunal Federal, pode – mesmo sem mudar seu texto – gerar interpretação que certamente terá de evoluir com a dinâmica da vida, dos fatos, do Direito. Ou mesmo demandar em pouco tempo – seriamente – uma alteração. Sua credibilidade ficaria de todo modo prejudicada, como já era a das Súmulas *persuasivas*.

Em defesa do não engessamento do Direito, o Min. Gilmar Mendes ponderou que as Súmulas *persuasivas* já não trouxeram tal problema:

No entendimento do Vice-Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes [... na sessão da aprovação dos primeiros verbetes vinculantes ...] Disse ainda o Ministro não acreditar que a medida possa causar um “engessamento” do Judiciário. Ele lembrou a experiência da Corte com as súmulas não vinculantes, que não levaram a isso. “O Tribunal soube fazer as distinções quando elas foram necessárias, os juízes suscitaram problemas quando eles existiam, de modo que acredito que esse é um modelo bastante dinâmico”.

Ora, não fossilizaram o Direito porque se podia viver sem elas, decidir contra ou a par delas. Esse argumento não socorre o momento atual e o instituto novo que veio com a EC n.º 45/04.

Também não se pode utilizar do argumento de Alexandre de Moraes, que pondera que as *Súmulas Vinculantes* não engessam o direito sustentando em comparação com o *stare decisis*. A situação lá também é bastante diferente.

Sormani e Santander também entendem que como há procedimento para revisão de súmula e o próprio Supremo Tribunal Federal inclusive dele pode utilizar, não haverá *fossilização* do direito, mas Streck bem frisa como são “difíceis e raramente empregados procedimentos de revisão constitucional”. Em sua doutrina, explica com clareza de onde se compreende que há paralisação do Direito:

Na medida em que o Direito não pode ser desindexado das estruturas da Sociedade, de cujo contexto o operador jurídico não pode se isolar – uma vez que, inexoravelmente, é por elas influenciado –, a “entrada em vigor” de uma Súmula não deveria ter o condão de ilidir/tolher/aprisionar a atividade hermenêutica dos juristas. A prática, porém, demonstra o contrário, ou seja, a de que a auto-suficiência sumular/jurisprudencial – fruto de uma uniformidade propiciada pelos tribunais superiores – *desempenha uma função aglutinadora, calibradora e padronizadora*. Esse processo objetiva (e proporciona) uma uniformização de sentido – espécie de consenso extorquido –, na medida em que tem uma relação direta com um fator normativo de poder.

Mais uma vez, é de Streck que vem conclusão sobre esse tema:

O que resulta nefasto é a padronização da jurisprudência, obstaculizando o progresso do Direito. O uso das Súmulas de forma indiscriminada, descontextualizadas, tem servido para a “estandardização” do Direito. [...] as Súmulas têm demonstrado “uma capacidade cristalizadora e uma força vinculante que, exorbitando de seus limites, tem contribuído para impedir a evolução do Direito”.

#### 4.5 O LEGISLADOR E O EFEITO VINCULANTE

Sabe-se que, tradicionalmente, “o legislativo, guardadas suas limitações constitucionais, atua segundo interesses e critérios políticos, ou seja, com uma quase absoluta discricionariedade”. Isso também mudou com o surgimento do Enunciado Vinculante.

Há quem ainda considere que “o efeito vinculante constante do §2º do art. 102 da Constituição não se aplica ao Poder Legislativo pela singela razão de não estar contemplado entre seus destinatários”.

Todavia, em que pese essa singela conclusão, Cunha, buscando arrimo em Canotilho, pondera que “o legislador não pode constitucionalizar através de lei o que é inconstitucional e como tal foi declarado pelo tribunal Constitucional”. Para Cunha:

As decisões em matéria constitucional – portanto interpretativas da Constituição – não terão força obrigatória de lei ordinária, mas de norma constitucional, de sorte que apenas mediante emenda constitucional poderão ser alteradas.

Em sentido contrário pensa Tavares, para quem o Legislador reincidir no tema seria uma das formas de renovar a discussão encerrada por Súmula Vinculante é a de reincidir o legislador na mesma prática legislativa já desabonada pelo STF. É, mais ou menos, o que afirmou Leal:

É lícito [...] ao Legislativo ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais. [...] Também o efeito vinculante reconhecido pela legislação ordinária não obriga o Legislativo, pois o produto da atividade do legislador tem o mesmo nível hierárquico das leis que impõem a observância do instituto, não se sobrepondo estas àquele.

Não parece, contudo, que o Enunciado Vinculante seja tão facilmente escamoteado pelo Legislador.

É que como *norma primária*, o Enunciado vem como resultado de uma *jurisdição de nível constitucional*, a cujo resultado se chegou a partir da leitura (e interpretação “definitiva”) da Constituição. Simplesmente editar norma infraconstitucional idêntica ou mesmo semelhante, em nada mudaria tal interpretação.

Assim, somente por Emenda à Constituição (na qual se baseou a decisão) é que seria permitido legislar novamente sobre especificamente tal ponto, sem incidir em inconstitucionalidade de plano, reconhecida por Enunciado Vinculante da Súmula. Cunha demonstra estar bastante certo de seu ponto de vista a respeito:

Mesmo os enunciados judiciais normativos que não envolvam matéria constitucional, não poderão ser alterados por lei. Essa é a questão a cujo respeito não há qualquer dúvida na doutrina e que dispensa maiores comentários.

Veja-se, noutra senda, que o Executivo *está* vinculado. Nesse passo, para Leal, quando se deparasse com esse texto repetido em seu momento de sanção, “[...] deveria o Chefe do Executivo vetá-lo por motivo de inconstitucionalidade”. Na mesma linha, se for lei de iniciativa do Poder Executivo, não estaria mais possibilitado de encaminhar ao Congresso sua edição, pois estará vinculado ao julgamento da inconstitucionalidade. O mesmo autor registra, a partir da doutrina de Alexandre de Moraes, que este Efeito Vinculante, como criado no ordenamento pátrio, alcança também o Poder Legislativo. É o que se confere no seguinte trecho:

Entendemos que os efeitos vinculantes aplicam-se inclusive ao legislador, que não poderá editar nova norma com preceitos idênticos aos declarados inconstitucionais, ou, ainda, norma derogatória da decisão do Supremo Tribunal Federal; ou, mesmo,

estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional.

No mesmo diapasão, Dallari, sustenta que “[...] a decisão do Supremo será para todos os juízes e tribunais do país, mas também para os Legislativos federal, estadual e municipal, bem como para toda a administração pública, direta e indireta, das três esferas de poder”.

Também a Min. Carmen Lucia Antunes Rocha, citada por Streck, entende que a *norma primária* do Enunciado Vinculante tem “força de norma constitucional”. Streck anota que

Segundo a autora, aprovado o substitutivo Jairo Carneiro, as Súmulas do STF somente poderão ser modificadas pelo Poder Legislativo por emenda constitucional. O Supremo Tribunal se transformaria, assim, em verdadeiro “poder constituinte de segundo grau” ou “poder constituinte reformador”.

Foi o que fez com que o Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, que inclusive fora cotado para assumir vaga no Supremo Tribunal Federal em 2006, concluísse que “o entendimento sumulado passa a ser, assim, uma Constituição imanente, ou seja, é o sentido das normas constitucionais.

#### **4.6 A INDEPENDÊNCIA DO JUIZ E O EFEITO VINCULANTE**

Eis um dos pontos de objeção mais recorrente aos Enunciados Vinculantes: afetar negativamente o *princípio da independência judicial* ou do *livre convencimento motivado do Juiz*.

Bem anotou Antônio Álvares da Silva que “onde há democracia e juízes livres, há necessariamente divergência entre eles”. Essa divergência é apontada como prejudicial àquela idéia de *segurança jurídica* – sendo que os mais preocupados com isso, segundo se compreende das

informações da mídia, seriam os *investidores* e em destaque os *investidores internacionais*.

Há quem diga, como Streck, que “o juiz audacioso e brilhante pode divergir da Súmula e chegar até a provocar a sua revogação se os argumentos usados forem bastante convincentes para serem adotados por qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal julgador do recurso”. Para isso, no entanto, é necessário *poder divergir* de forma *eficiente*.

#### **4.6.1 Autoridade do Supremo**

Certa feita, o ex-Ministro da Justiça, Advogado Saulo Ramos disse a respeito das decisões do Supremo:

Sabe o que acontece quando o STF julga uma lei inconstitucional?  
Nada.

Revendo o pensamento de Dallari, Mancuso anotou que “o ideal é que a Súmula seja acatada e aplicada, *não por ser Súmula*, mas pela natural proeminência e prestígio do órgão colegiado que a editou”, afinal, “é comum o acolhimento geral dessa jurisprudência pacífica, pela autoridade moral da Suprema Corte”, mas oportunamente registrou que isso é “completamente diferente de serem coagidos a aplicá-la”.

Mesmo antes da existência da possibilidade de coação, Nazareno Costa já percebia que “a autoridade da jurisprudência nacional tem crescido nos últimos anos, sem embargo dos graves percalços institucionais por que passa o Estado brasileiro e o Judiciário em particular”. A força de “canto da sereia” já foi trabalhada anteriormente. Agora, o quadro é outro, segundo Dallari “o Supremo Tribunal será órgão de coação e os Juízes e Tribunais serão órgãos de imitação”.

A autoridade da *súmula persuasiva*, e por extensão, do Supremo, não era suficiente.



Em sua obra *O Poder dos Juízes*, Dallari estudou argumento de fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, que via seu trabalho “prejudicado” por já ter se pronunciado sobre determinada tese muitas vezes e, apesar disso, juízes e tribunais continuarem a decidir em sentido contrário. Considera que tal argumento contém uma grave distorção, pois “se pretende suprir com a força a falta de autoridade”. Para ele,

[...] obrigar juízes e tribunais a decidirem acolhendo plena e automaticamente as decisões do Supremo Tribunal mesmo quando estiverem convencidos de que tais decisões foram erradas e injustas, é negar a própria razão de ser do Poder Judiciário.

O Professor Dallari considera que nem o argumento da necessidade de reduzir o volume de trabalho do STF justifica a “idéia inaceitável de que todo o sistema judiciário, a independência dos juízes e tribunais, a busca da solução mais justa para cada caso, tudo isso deve ser sacrificado para que os Ministros do Supremo Tribunal recebam menor número de casos”. Considera que, assim, pontos essenciais da atividade jurídica de uma Sociedade que se pretende democrática são subordinados a limitados objetivos de ordem prática e que nem se acredita que sejam efetivamente alcançados.

Um outro *problema de autoridade* do Supremo (e da justiça em geral) sequer foi tocado até o momento por esses reformistas. Cunha gizou como “escandaloso o comportamento do executivo, deixando de cumprir condenações judiciais concernentes a pensões alimentares, a indenizações por ilícitos ou demandas salariais [...]”. Percebe-se que a preocupação com o incremento de credibilidade/autoridade do Supremo passou longe dessa aspiração por melhora nos resultados da jurisdição. Nem de longe a Súmula Vinculante vem em socorro de tal situação.

De outra senda, no cerne da questão relativa aos efeitos da falta de autoridade das súmulas *persuasivas* do Supremo, pode estar outro problema. Os – assim considerados por Dallari – *duvidosos e insatisfatórios*

*resultados* do processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Pondera o Professor em comentário:

[...] são conhecidos muitos casos de homens que foram indicados para o tribunal máximo do país por suas antigas ligações político-partidárias, ou por relações de amizade com o Presidente da República ou com pessoas muito influentes no governo. Isso tem levado, às vezes, à escolha de juizes sem verdadeira independência política ou moral ou sem a estatura intelectual que o cargo pressupõe. [...] também o saber jurídico [...] tem sido questionado. É verdade que alguns dos mais notáveis juristas brasileiros foram ministros do Supremo Tribunal Federal, mas o mesmo cargo tem sido ocupado por figuras de mínima expressão jurídica.

A par disso, também considerou que “[...] muitos críticos do Supremo Tribunal Federal entendem que o modo de escolha de seus membros tem sido responsável por atitudes de acomodação, especialmente em relação ao Executivo, pois muitos ministros não se sentem moralmente livres para decidir contra os interesses do Presidente da República que os indicou para o Tribunal”. Assim fica realmente complicado aceitar que venha daí um comando normativo de tamanha força.

Sobre esse *déficit democrático*, Cunha anota:

O judiciário não emana do povo, nem o representa. Resulta de uma concepção ideal: a de que, não estando ligado a nenhum interesse, ser-lhe-á mais fácil aplicar imparcialmente a lei, segundo os critérios da justiça.

Percebe-se que a questão pode se situar, mesmo, em *inclusive parecer* (como a “mulher de César”) que não há realmente interesse, vinculação, *acomodação* com o Executivo. Isso fica mais saliente ainda quando um dos Ministros do Supremo era conhecido como “líder do governo no Supremo”, pecha que fora atribuída a um que já se foi (e é Ministro no Executivo atualmente,

inclusive) e que recentemente a imprensa atribuiu a um dos novos lá colocados pelo atual governo.

#### **4.6.2 Independência do juiz**

Inicialmente, é necessário trazer um conceito para essa independência que se entende *afetada* pelo Enunciado de Súmula com efeito Vinculante, para isso, vem a contento a lição de Costa:

Independência é a garantia constitucional de que o Magistrado não sofrerá ingerências, de qualquer origem e natureza, sobre sua atividade judicante. Vale dizer: é a garantia de que decidirá sozinho e unicamente conforme sua própria convicção jurídica baseada no Direito. Essa imunidade não se refere apenas a interferências externas ao Judiciário, mas também tem efeitos *interna corporis*, não se admitindo que a decisão de um Juiz (qualquer que seja ele) venha a ser limitada ou balizada por outro Juiz (qualquer que seja ele).

De sua parte, Mônica Elias de Lucca Pasold assim conceituou esse Princípio:

A independência é uma prerrogativa concreta do Juiz que lhe confere autonomia para atuar liberto da subordinação que inconscientemente condiciona algumas de suas ações e valorações.

Sobre o porquê dessa necessidade, Dallari anotou que o ponto de partida está nos teóricos liberais-rationaistas do Século XVIII: “a magistratura independente é que pode garantir a eficácia das regras de comportamento social inspiradas na busca da justiça”.

A localização desse princípio no Direito (nacional e internacional) também é algo que se traz como premissa de estudo. Nesse passo, Souza memora que “[...] a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, preconizara normativamente, no artigo 16, que a noção de Constituição

deveria erigir-se sobre dupla base: garantia de direitos e separação de poderes [...].

Ainda no âmbito internacional, releva outra nota, desta vez, de Dallari:

O reconhecimento formal da independência dos juízes como requisito necessário para a democracia e a paz foi feito pela Organização das Nações Unidas, através de importante decisão no início de 1994. Com efeito, através da Resolução 1994/41, aprovada em sessão de 4 de março desse ano, a Comissão de Direitos Humanos da ONU decidiu recomendar a criação do cargo de Relator Especial sobre a independência do Poder Judiciário.

Essa idéia vem reforçada em Alexandre de Moraes, ao lecionar que:

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos.

À guisa de referência histórica, Mancuso traz ainda do Código de Justiniano (no Livro VII, título 45, lei 13), a disposição em tom de admoestação aos Magistrados do seu tempo para que

nenhum juiz, ou árbitro, julgue estar obrigado, quer às consultas imperiais, quer ainda, e com maior razão, às sentenças dos eminentíssimos prefeitos e dos outros dignatários, sempre que lhes pareça não terem sido apreciadas de modo correto; pois, com efeito, se alguma pendência não foi dirimida convenientemente, cumpre não estender esse vício aos outros juízes (...). Mesmo quando cognicionais e altíssimas sejam as prefeituras, ou de algum máximo magistrado as sentenças prolatadas, as suas decisões não obrigam; porque a todos os nossos juízes ordenamos que julguem segundo os ditames da verdade, da lei e da justiça.

Agora no patamar constitucional pátrio vigente, Costa considera a independência judicial como um *princípio constitucional implícito*. Ensina:

Em sua concepção externa, decorre do princípio da separação das funções do Estado, concretizado no art. 2º da Carta, já que é evidentemente incompatível com este princípio a ação prejudicial entre os Poderes. É igualmente dedutível das garantias previstas no art. 95, uma vez que todas, em última análise, são formas de sua concretização. Por outro lado, numa concepção interna, a independência do Juiz constitui princípio constitucional tácito.

De sua parte, Sérgio Sérulo da Cunha considera ser *impossível* a existência de um *judiciário genuíno* que não seja independente. Assevera que “o magistrado, qualquer que seja seu grau, não é funcionário público, mas agente político, que no exercício da função jurisdicional age subordinado apenas à lei”. Frisa não haver subordinação judicial entre o Juiz de primeira instância e o Tribunal a que esteja administrativamente vinculado. Pontifica, inclusive que

A expressão “tribunal superior” explica-se apenas processualmente, na medida em que lhe cabe apreciar recursos interpostos contra decisão do “tribunal inferior”. Mas não pode aquele interferir previamente no desempenho jurisdicional deste, a não ser pelo poder persuasivo de sua jurisprudência.

Streck também trabalhou a questão, a partir de doutrina de Calmon de Passos: “O juiz inferior não é subalterno do juiz superior, pois que ambos detêm o mesmo poder e só se distinguem em termos de competência”.

Na mesma senda, Dallari entende que “um juiz que não possa decidir de acordo com seu livre convencimento já não age como juiz, não importando se a coação vem de fora ou se ela vem do próprio Judiciário”.

A independência do Juiz (e de todos os vinculados que não participaram da decisão que cria um Enunciado Vinculante) está longe de ser

apenas um “discurso apaixonado” como querem alguns, pois é dos que estão na *primeira linha de contato com a realidade social* se espera “reagirem às leis injustas, recusando-se a aplicá-las, sempre que tais leis repugnem à sua consciência moral, ética e jurídica, convictos de que ‘a resistência às leis injustas começa nos juízes’ [Luiz Fernando Coelho]”.

Cruz, é firme ao afirmar:

Só a absoluta independência do juiz em relação aos Poderes Executivo e Legislativo garante que será a lei e não a vontade do Executivo ou de membros do Parlamento a que decidirá o litígio. Dessa independência dependem interesses fundamentais do cidadão, especialmente – ainda que não só – no processo penal, no qual poderá estar em jogo a liberdade do indivíduo. [...] É fundamental realçar que a experiência constitucional colocou a independência do Poder Judiciário como fator de maior importância diante da contemporânea proeminência do Poder Executivo.

Complementa a idéia o seguinte trecho do mesmo Professor catarinense:

A independência se define, assim, como um dado objetivo. Há ausência de subordinação à outra autoridade qualquer. Essa ausência de subordinação não se traduz só na emanção de ordens aos juízes para a resolução dos conflitos perante os Tribunais mas também na introdução de garantias dirigidas a evitar a possibilidade de influências indevidas em seu trabalho como a vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

Costa, de outra parte, ainda lembra que não se trata propriamente de uma *novidade* querer atribuir força Vinculante à jurisprudência de tribunais superiores, mas afirma que “implica a institucionalização da ingerência hierárquica sobre a interpretação judicial e, portanto, acarreta o cerceamento da independência do Juiz inferior”. Ampara-se ainda, o Professor de Direito Constitucional no pensamento de Dino de Santis Garcia, que afirmou “O

magistrado não tem superiores, dos quais possa receber ordens e instruções para o julgamento das causas que lhe estão sujeitas”.

Ainda nessa seara, Alexandre de Moraes pondera que:

[...] as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental.

Se contrapõe a isso o pensamento da Juíza Mônica Sifuentes:

Não fere a independência do juiz o respeito à jurisprudência uniformizada, fruto de reiteradas decisões do tribunal no mesmo sentido, como preceitos normativos genéricos, a orientar os seus julgamentos. A liberdade da decisão judicial deve coexistir com a exigência de que ela atenda ao critério de racionalidade, que também decorre do Estado de Direito e do próprio princípio da legalidade.

Há um problema em uma de suas premissas, contudo: no exercício da independência com relação à convicção motivada e fundamentada, não necessariamente se vulnera a *racionalidade* do Direito – pelo contrário. Em sua grande maioria – se vê nos acervos de julgados – as decisões pendem para uma ou outra corrente em argumentos racionais e bastante razoáveis (nas mais das vezes), técnicos, jurídicos.

Por também ver afronta aos Princípios informadores da atividade judiciária e, também, do Estado Democrático, Streck preconiza:

É temerária a adoção do efeito vinculante no Brasil, nos termos em que está sendo pretendida. Nosso sistema jurídico tem a lei como paradigma, consoante o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal. Fazê-lo é alterar a sua *ratio essendi*. Devemos denunciar, de pronto, que a vinculação sumular-jurisprudencial, como está sendo posta nos projetos sob comento, é uma camisa-de-força que

atingirá, inexorável e impiedosamente, as instâncias inferiores do Judiciário brasileiro.

Considera-se que, neste caso, a *autoproteção* do Judiciário fica bastante prejudicada, eis que é o próprio órgão máximo do Judiciário – de formação bastante diversa das bases da Magistratura – é quem estaria oprimindo os demais. Não se pode imaginar onde poderiam se socorrer. O risco de atitudes ditatoriais existe e essa tendência à vulneração de um dos Poderes da República, ainda que por órgão interno, já deveria ter barrado os projetos que previam tal situação – mas não foram, por conveniência aos argumentos já conhecidos e trabalhados aqui.

Importa sempre lembrar que a independência que se pretende guardar não é um *capricho*, uma *idiosincrasia*, uma *predileção subjetiva dos Juízes*, mas sim, representem o que Cappelletti identificou neles como “empenho em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”.

Nesse passo, De Lucca Pasold lembra o compromisso primeiro do Juiz na decisão:

O grande desafio do Juiz comprometido com as diretrizes típicas do Estado Contemporâneo ao decidir é identificar a concepção de Justiça vigente para a Sociedade.

E a preocupação é se essa *concepção de Justiça* estar agora presa em um controle do discurso final acerca de determinadas normas frente à Constituição.

O fato é o que o Supremo admitiu o Enunciado Vinculante. A partir dessa realidade, há que se pensar em soluções intermediárias que de alguma forma preservem o que restou (o que tem de restar) da independência judicial. Para tanto, utiliza-se agora doutrina de Albuquerque da Silva:



O cerne dessa argumentação reside na idéia de que o princípio da independência judicial teria por finalidade garantir que no processo de mediação entre a lei e cada um dos tribunais não se interpusesse qualquer poder, mesmo que emergente de sua unidade de corpo, suscetível de frustrar o êxito incondicional da lei ou que pudesse filtrá-la e desviá-la mediante quaisquer outras intenções normativas, que não pura e exclusivamente as legalmente prescritas.

Há quem entenda que a independência estará mantida se o Juiz julgar contra suas convicções (*sic*), ressaltando seu entendimento (!) e aplicando outro (!), sumulado com efeito Vinculante. Nessa linha trabalha Tostes, iluminada pelo ex-Min. Oscar Corrêa, também lembrado por Botto Muscari:

Discordando do entendimento constante no precedente, e em não se tratando de caso de distinção, deve o juiz aplicar a súmula, ressaltando seu ponto de vista em contrário, o que contribuirá para que a questão seja pensada e repensada, podendo chegar a corte à conclusão de que o caso implica a necessidade de uma declaração de *overruling*. Neste sentido, consta voto do ministro Oscar Corrêa, [...] expressando-se o magistrado: “que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão da sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas aplicando-a, enquanto não se muda”.

Não se consegue conceber contudo, de que forma esse ponto de vista *ressalvado* contribui, se ele ensejou decisão de acordo com a Súmula e, havendo recurso, seria contrário a ela e, portanto, sequer seria conhecido por um colegiado, mas arquivado por uma decisão monocrática. Ou seja, a *ressalva* do juiz de primeiro grau não chegaria – por vias normais – ao Supremo Tribunal Federal e iria *diretamente ao arquivo*.

Nesse passo, conquanto não concorde com tal opinião, Tostes registra o pensamento de Cármine Antonio Savino Filho “quando compara a independência do juiz a fatores biológicos, asseverando que a independência do magistrado pode ser absoluta, deve ser absoluta, vez que não há semi-

independência assim como não há semi-*virgindade* ou semi-*gravidez*”, lembrando a autora que mesmo a independência se subordina à lei. Streck ainda alerta:

O juiz não poderá ser obrigado a decidir conforme a súmula, sob pena de crime de responsabilidade. *É um perigoso dirigismo estatal, que frustra a função transformadora e criadora da jurisprudência.*

A conclusão de Nazareno Costa é irrefutável, no sentido de que:

[...] em sua essência, o poder vinculante confere às súmulas efeitos gerais próprios de lei. Ademais, restringe a independência jurisdicional das instâncias inferiores, manietando o desenvolvimento da jurisprudência e estimulando o seguidismo judiciário. Trata-se, pois, de um mecanismo que, simultaneamente, funciona como compartilhamento da função legislativa pelo órgão judiciário e como constrangedor jurisprudencial. Por conseguinte, fere os princípios da separação das funções do Estado e da independência judicial.

Mas há sim um caminho para se trabalhar admitindo a existência dessa anomalia e ele se constrói a partir dos argumentos dos defensores do instituto. Para Albuquerque da Silva, “[...] o instituto do efeito Vinculante não retira a jurisdição das cortes inferiores, apenas lhe reduz a discricionariedade ao impor limites substantivos para sua decisão, como aliás a legislatura pode e rotineiramente o faz”.

Tavares observa que ao Juiz sempre “restará avaliar se aplica ou não dada súmula a um determinado caso concreto (operação de verificação)”. Além disso, “a própria súmula é passível de sofrer uma interpretação, porque vertida em linguagem, tal qual as leis em geral. [...] não irá escapar de uma leitura ‘subjetiva’ ou diversificada”.

Se a redução de discricionariedade é como a das demais normas, e mesmo se considerando ser uma norma de patamar constitucional, já é

possível pensar em trabalhar com ela sem aceitar simplesmente que ela age como uma camisa-de-força.

Com esse paradigma decisório idealizado pelos Enunciados Vinculantes, considera Costa que o Juiz não poderá elaborar a solução individual do caso concreto com liberdade, “restará ao Juiz apenas a função retransmissora, meramente técnica, de aplicador ou porta-voz da solução alheia, emitida por quem não conhecia – e nem poderia conhecer – as peculiaridades do caso”.

Asseveram alguns que “não seria justo falar de irrestrita liberdade do magistrado (princípio do livre convencimento) em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da igualdade substancial ou material”. Até pode se conseguir sustentar alguma prevalência (em casos determinados) da segurança jurídica – como princípio – sobre o livre convencimento. Mas isso não funcionaria sempre (princípios não têm hierarquia). Quando o direito à vida ou à dignidade, recorrentes em demandas de toda natureza fizerem pesar mais o livre convencimento.

Sem ter no que se amparar, outros entendem que a independência permanece hígida pela possibilidade *pretérita* ao Enunciado, de o Juiz ter podido julgar como queria (!). É como pensam Sormani e Santander:

O *caput* do dispositivo em questão reza peremptoriamente que a súmula somente poderá ser aprovada *após reiteradas decisões sobre matéria constitucional*. Assim, a súmula vinculante não surge órfã de qualquer análise e julgamento anterior por parte do Judiciário. Para que sua edição seja possível, é necessário que a Corte tenha decidido de maneira reiterada a matéria constitucional, onde, obviamente, puderam os julgadores valer-se de sua liberdade de convicção fundamentada.

Objeta-se que, além do fato de se admitir então que os novos Juízes, e os que estão por vir, já não poderão decidir e nunca puderam, é bastante razoável admitir que qualquer Juiz que não judicasse até aquele momento em determinada matéria ou mesmo, não tenha tido oportunidade de se manifestar até

então a respeito, não mais o poderia, sem ter exercido essa liberdade de convicção antes.

De sua parte, Mancuso acredita que a independência está preservada em outros espaços, o que, entende-se, em nada diminui a brutalidade do Enunciado Vinculante quando não se está em tais situações:

A livre convicção (*rectius*, sua persuasão racional – CPC, art. 131) não é prejudicada pela aplicação da súmula vinculativa. À parte os casos em que a própria lei autoriza o juiz a se distanciar do critério da legalidade estrita (CPC, arts. 127, 1.109, CCi, art. 1.515, §2ª), no mais e como regra geral, ele atua como *aplicador* do ordenamento positivo.

Como dito antes, todavia, há um caminho a trilhar, a partir dos discípulos e adoradores da Súmula.

Sormani e Santander apóiam a idéia de afastamento da Súmula *quando outro argumento surgir*, apoiados em Muscari. Entendem, ainda, que tanto o Juiz pode decidir contra a Súmula que fora até previsto procedimento de reclamação, que “pouco difere dos casos de anulação de sentença, quando proferidas em evidente *error in procedendo*, preceito de natureza processual em relação ao qual pouca celeuma se instalou”.

Leal, citando Ives Gandra da Silva Martins e Arnaldo Wald, bem como, Muscari, afirma que “[...] parte da doutrina defende a possibilidade de rediscutir as questões já definidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, desde que seja apresentada linha argumentativa diversa da enfrentada pela Corte”.

Também Tostes admite que “[...] deverão os juízes estar muito mais atentos á sua função, a fim de verificar se positivamente trata-se de caso que requer a aplicação do precedente, ou se a hipótese é diversa, cuidado para não abusar do instituo do *distinguishing*”.

Isso paralelamente ao que Mancuso observou entre possibilidades de rediscussão: *relevante alteração* no Direito Positivo, na exegese predominante ou *na matéria de fato*, além da mesma possibilidade consideradas as fontes substanciais que presidiram a edição da norma.

No final, “nunca se poderá olvidar o elemento humano presente em cada decisão judicial. O direito valerá em um país e em um momento histórico determinados, o que valham os juízes como seus lídimos intérpretes”, é o que leciona Sifuentes.

Conclusivamente, de Alexandre de Moraes vem a lição de 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, 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”.

#### **4.6.3 O Juiz continua a interpretar**

Dado que o *aprisionamento dos fatos* no sentido do Enunciado Vinculante nunca será total, como visto, é importante ter em mente que não foi – apenas por impossibilidade da natureza das coisas e não pela falta de intenção – tolhida completamente a capacidade interpretativa do Juiz frente ao Enunciado Vinculante.

Sobre a característica inafastável do Direito, sua compreensão aberta, José Guilherme de Souza anota:

[...] o direito não forma um sistema fechado e coerente; ele está cheio de normas contraditórias, sob a forma de regras ilegais, inconstitucionais, mas eficazes, porque impostas pela autoridade. [...] o significado da lei não é unívoco, é multívoco e plurívoco; a lei comporta vários significados, todos eles verdadeiros, ainda que contraditórios. A verdade da lei depende de sua eficácia, isto é, dos efeitos que produz no meio social.

Bem pontificou Cappelletti que “[...] o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoco e mecanicamente predeterminado”, e “em grau maior ou menor, esses limites substanciais vinculam o juiz, mesmo que nunca possam vinculá-lo de forma completa e absoluta”. Não é na lei, não será o do Enunciado Vinculante que *fechara a textura do Direito*, basta considerar, com lição do mesmo autor precitado, que “[...] as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”.

Lênio Streck captou bem essa questão no trecho a seguir:

As palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/escolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição Federal ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do Direito.

E Cappelletti frisa que nem precedentes tampouco as normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete, “[...] que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua *criatividade e responsabilidade* [...]”.

Inegável, contudo, que surge um *dever mínimo* de também argumentar sobre o conteúdo da *norma Vinculante*, considerando-a em conjunto com o ordenamento, e não apenas se fixar em equidade ou analogias.

A respeito, para Mancuso, que procura afastar a Súmula Vinculante como *capitis diminutio* da atividade judicante, entende que ela

[...] não altera, em substância, a tarefa do julgador de interpretar e aplicar o texto de regência aos fatos da lide, certo que esse *texto* (=ordenamento positivo) pode agora abranger um precedente judicial obrigatório, o qual, por sua vez, não dispensará a devida interpretação, para que se alcance seu melhor significado, inclusive interessando aferir sobre sua efetiva adequação ao caso concreto.

Ainda assim, Dallari vê alguma dificuldade em situações determinadas, atentando para o fato de que “[...] em muitas situações concretas a súmula terá o significado de uma camisa de força, impedindo soluções justas, devendo surgir situações em que o bom senso e o compromisso com a Justiça tornarão praticamente impossível a estrita obediência à súmula”.

A amplidão territorial do país, o próprio sistema federativo, trazem o pensamento de Tocqueville à tona (quando trabalha as *vantagens do sistema federativo em geral*), pontificando que:

Nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a dar às leis um caráter uniforme que não comporta a diversidade dos lugares e dos costumes; nunca estando a par dos casos particulares, ele só pode proceder por regras gerais. Os homens são obrigados, então, a se dobrar às necessidades da legislação, porque a legislação não sabe se acomodar às necessidades e aos costumes dos homens, o que é uma grande causa de tumultos e de misérias.

Não se crê que seja essa a realização do Estado Democrático de Direito no Brasil, hoje. A interpretação de Enunciados que tendem à centralização de decisões únicas para uma país de território continental não parece consentâneo com o *princípio federativo*. Há que se entender a possibilidade de adequação de situações às realidades regionais e locais. É a

volta ao contexto (pela atividade interpretativa do Juiz de primeiro grau), que é expressa e confessadamente abandonado na edição de um Enunciado Vinculante.

Também não se pode deixar de considerar a – ainda que se pense ser rara – possibilidade de *erro* no julgamento pelo Supremo, que, afinal, é capitaneado por seres humanos. Dallari lembra episódio que se enquadra nesse contexto:

Quando decidiu absolver o ex-presidente Fernando Collor, por falta de provas, da prática do crime de corrupção passiva, o Supremo Tribunal Federal cometeu erro evidente, fundamentando sua decisão no fato de que o acusado não tinha praticado ato de ofício, que seria indispensável para caracterização do crime, segundo o Supremo Tribunal. Em primeiro lugar, a definição daquele crime, constante do Código Penal, não inclui a exigência de ato de ofício. Além disso, é fato sabido de todos que os fiscais corruptos geralmente recebem propina para “não ver” uma irregularidade, justamente para ficarem omissos, para não praticarem ato de ofício. Ora, se aquela decisão do Supremo Tribunal fosse vinculante, hoje os fiscais corruptos estariam no paraíso, pois nenhum juiz ou tribunal poderia condená-los, bastando que não praticassem ato de ofício.

A par disso tudo, o certo é considerar que autorizado a interpretar o direito aplicável ao caso concreto – e o Enunciado não se refere a caso concreto – o Magistrado terá um certo grau de liberdade, que foi, efetivamente (no mínimo) *mitigada* a partir do momento em que entrou no ordenamento a nova *regra primária*, o Enunciado Vinculante relativo ao caso, que deverá ser *levado em consideração* no conjunto das regras aplicáveis (ou não) para o trato com a situação posta em julgamento.

O discurso profético (ele chamou de hipotético) do Juiz “disciplinado” previsto por Souza, talvez não seja a regra, considerando essa possibilidade interpretativa agora trabalhada:

Bem sei que tens razão, mas eu nada posso fazer. O Estado legisla, eu apenas julgo. Se a lei é injusta ou iníqua, não me cabe



dizê-lo; ou, em o dizendo eu, de que te adiantaria esta minha atitude? Eu não faço as leis, eu somente as cumpro e faço cumprir e, quando necessário para revelar-lhes o sentido oculto ou a vontade do legislador, é-me permitido interpretá-las, mas sempre guardando que o ato hermenêutico não fira a integridade do texto que me é dado interpretar. Se, portanto, pretendes que essa norma seja alterada, não é a mim que deves recorrer, mas ao poder supremo que elabora todas as leis, ao qual, e às quais, como sua boca montesquieuniana, me submeto disciplinadamente.

#### **4.6.4 O processo e a legitimidade democrática da decisões judiciais**

Importante questão que vem à mente quando se trabalha com o instituto em comento é considerá-lo (ou não) *uma norma produzida de forma democrática*. Igual ponto é levantado, vez ou outra, com relação às decisões judiciais em geral, mesmo as que não viram texto normativo como o Enunciado Vinculante.

Mesmo a vinda em si da Súmula ao ordenamento aconteceu com *déficit* democrático, visão que é compartilhada por Almeida, que registrou a falta de uma discussão popular a respeito, a péssima qualidade da informação sobre os reais efeitos que tal dispositivo traria para a vida em Sociedade. Para a autora “[...] a Sociedade civil deveria ter participado ativamente das discussões sobre a Emenda nº 45, o amplo debate seria o suficiente para estabelecer com clareza os problemas e as soluções possíveis de utilização”.

O próprio contexto atual em que se trabalham os processos judiciais é questionado, em sua legitimidade, em razão da crônica demora no tramitar, em face dos altos custos que se colocam entre o cidadão e o acesso à Justiça.

Com o Enunciado Vinculante, outros aspectos desse plano democrático passam a relevar. Sousa registra um deles:

A súmula vinculante terá o mesmo efeito de lei, lei essa que poderá ser aprovada por menos de 10 cidadãos, não eleitos pela população, o que usurpa o sentido da lei e constitui-se numa afronta, pois as leis são aprovadas pelo Poder Legislativo e, em tese, por cerca de 600 parlamentares, sujeitando-se ao democrático processo legislativo constitucional.

Voltando às decisões judiciais *normais*, uma de suas faces *democráticas* é, por certo, a possibilidade de controle pelos cidadãos e demais instituições a partir do fato de serem, em essência, públicas. Cappelletti considera essa praxe um “contínuo esforço de convencer o público da legitimidade de tais decisões”. E se até há algum tempo essa publicidade era mais uma *ficção*, pois não se esperava que muitos tivessem acesso aos diários de justiça em papel e os folheassem (centenas de páginas todos os dias). Agora, com a informatização, a Internet, os diários de justiça eletrônicos facilitam a procura por palavras, verbetes, e tornam acessível gratuitamente a um público de número inestimável, os conteúdos das decisões de cada Tribunal do país.

Outra face é a dialética, o diálogo, o contraditório no processo, em que o cidadão – já se tratou disso antes – participa da formação do direito que se lhe aplica no caso concreto. Teixeira ressalta que a *decisão mais acertada* somente pode ser construída a partir das partes, que serão seus destinatários. Esse seria o *processo “legislativo” democrático* a que se submete a criação do direito em decisões judiciais (em geral). Acrescente que

[...] a aplicação dessa mesma norma deve se dar através de um procedimento realizado em contraditório (Fazzalari), através da discursividade (Habermas) dentro de um espaço procedimental que faça a passagem do discurso para a prática (Rosemiro), democraticamente falando, e não através de uma jurisdição ditatorial, onde o cidadão, cada vez mais, está nas mãos dos juízes.

Nesse contraditório, que edifica o direito do cidadão litigante, mais um ponto a favor de sua qualidade democrática é a visão – assim o Juiz

deve comandar no feito – que considera todos iguais, independentemente de sua *importância política ou econômica* (sem perder de vista o contexto, por certo).

Não se pode atribuir com certeza essa virtude também ao Supremo Tribunal Federal, é algo a refletir. Cappelletti ainda acrescenta a essa idéia:

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição [...] desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhe ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Essa qualidade de “mais participatório”, friso mais uma vez, talvez tenha ficado em segundo plano na idéia do Enunciado Vinculante.

É necessário conhecer argumentos contrários, e Prudente baliza bem a questão, nessa outra seara, ponderando que “[...] o texto normativo da Súmula Vinculante prestigia o Estado Democrático de Direito, enquanto brote da fermentação jurisprudencial do controle difuso, após reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada [...]”. Com isso, conclui:

A validade democrática da súmula vinculante se apresenta, assim, na firme dimensão de seu vínculo com o tecido jurisprudencial do controle difuso de constitucionalidade a ser praticado por nossos Juízos e Tribunais, não havendo de anular-se a expressão vinculante de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional pelo sofisma interpretativo de considerá-la uma mera expressão cinzenta ou um simples conceito indeterminado, a ponto de autorizar-se a produção de súmulas vinculantes, como produto de argumentos de autoridade, sem autoridade de argumentos, na

burla do controle difuso de constitucionalidade, no País (CF, artigos 97 e 102, caput e respectivo inciso III, alíneas a, b e c).

Não se considera, contudo, tão democrática essa participação de *terceiros* e *eventual abordagem do argumento em outro feito* do qual não houve sua concreta participação, sendo que aquelas discussões que se travavam com aparente contradição de julgados – mas voltada aos casos concretos – depois, tornada abstrata e genérica em um Enunciado Vinculante, possa se considerar uma efetiva e *democrática* participação do cidadão na feitura de seu direito.

A proximidade que a função de Juiz se exerce, com pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida, traz, para Cappelletti, uma alta potencialidade democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Não se crê poder esperar o mesmo do Enunciado Vinculante.

Diversamente do Legislador que deve se preocupar com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos, nos Tribunais há “[...] possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato direto com os problemas mais concretos e atuais da Sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento”, mas isso ocorre em primeiro grau, e às vezes em segundo grau – e *menos* em Tribunais Superiores.

#### **4.7 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE SÚMULA?**

Foi já lembrada a inconstitucionalidade da própria existência de uma Súmula com Enunciados Vinculantes, dado o fato que se aceitou (sob protesto, repisa-se) trabalhá-la em sua realidade atual. Bem se viu, também, que mesmo ilegalidades e inconstitucionalidades manifestas prosseguem neste país com eficácia pelo fato de virem da Autoridade (este é o caso, afinal), mas

passando ao largo disso, voltaram-se os olhos para diversos aspectos do instituto em si e de algumas das conseqüências e questões que circundam o tema.

Como última frente de trabalho neste Relatório de Pesquisa, e apenas para deixar o assunto em início de reunião de elementos a seu respeito, vem agora a notícia de que alguns doutrinadores defendem que no *interpretar*, no *manusear* do Enunciado Vinculante, poderia ser possível o controle difuso de constitucionalidade do teor de um Enunciado em particular.

Alexandre de Moraes considera que estabelecido o Efeito Vinculante com relação a determinada matéria, estaria afastada “inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário”. E arrematou que “os efeitos vinculantes se referem, inclusive, à *ratio decidendi*, para se evitar qualquer tentativa de desrespeito da decisão em sede de jurisdição constitucional”.

Não obstante o entendimento desse balizado jurista, não se pode olvidar que os Enunciados Vinculantes passam a ser *textos normativos*, com força (até superior) à da lei.

Conquanto essa resistência, pela qual já se passou em algum ponto desta dissertação o fato é que o poder de interpretar as leis “[...] envolve necessariamente o direito de verificar se elas são ou não conformes a Constituição”. Talvez considerar essa possibilidade seja um outro caminho para se admitir a existência do instituto no ordenamento pátrio. Afinal, “não é possível, sem dano à Constituição, evitar que as pessoas possam defender, em Juízo, interesses feridos por ato inconstitucional. O controle concreto de constitucionalidade decorre da natureza das coisas”.

Esta não é, contudo, uma possibilidade atual frente à Jurisprudência do Supremo. Costa assim registrou a respeito:

Sob certos aspectos, tem mesmo mais força que lei. Basta observar que, segundo jurisprudência até agora vencedora no

STF, não estão as súmulas submetidas ao controle de constitucionalidade.

O mesmo autor, contudo, atestou que o Min. Marco Aurélio entende ser possível o controle de constitucionalidade das Súmulas e, ainda, não se pode deixar de lembrar a discussão havida durante a votação da ADPF n.º 80, já tratada neste estudo, e que revela já terem outros Ministros pensado a respeito quando ainda se estava na fase de projeto.

Álvares da Silva imaginou outra solução, contudo, sem amparo no ordenamento até o momento:

[...] o juiz que entender inconstitucional uma súmula, não deixará de aplicá-la ao caso concreto. Mas argüirá sua inconstitucionalidade ou ilegalidade em instrumento separado que enviará ao STF ou ao tribunal superior que a editou.

O próprio Lênio Streck parece resistir à idéia, mas pode ser apenas aparência, pois a Jurisprudência do Supremo existente no momento em que escreveu seu livro “Súmulas no Direito Brasileiro”, utilizado neste trabalho, se referia ainda – assim como a ADPF n.º 80 – a Enunciados *sem* Efeito Vinculante. Registrou o Procurador de Justiça gaúcho:

O sistema jurídico brasileiro não admite que se argúa a inconstitucionalidade de uma Súmula, vez que esta não constitui, formalmente, um ato normativo passível de ser questionado mediante o uso de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a, da Constituição Federal).

Ainda assim, admite que “causam preocupação, entretanto, as questões atinentes à interpretação conforme a Constituição e a exigência da publicação no DJU somente da parte dispositiva, o que ensejará usos descontextualizados”. É o que Cappelletti quis dizer, *mutatis mutandis*:

Basta considerar que as palavras, como as notas da música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo

significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. [...] devem ser resolvidas pelo intérprete. Deve ele preencher as lacunas, precisar as *nuances*, esclarecer as ambigüidades.

Quiçá se possa desenvolver em estudo futuro, com a devida profundidade, a possibilidade que se nos parece mais concreta de se afastar o Juiz do Enunciado Vinculante em caso concreto sem que configure infração funcional, sem que deixe de apreciar a Justiça na situação particular: uma *interpretação conforme a Constituição do Enunciado parcialmente incidente*. E nessa *interpretação conforme* seriam levados em conta os Princípios estruturantes em choque (p.e. dignidade, vida, saúde) em contraposição ao que tenha utilizado o Enunciado específico e até mesmo à idéia da aplicação do Enunciado Vinculante (princípio da segurança).

Afinal, como leciona Coelho: “[...] na aplicação dos princípios, o intérprete não escolhe entre este *ou* aquele, apenas atribui *mais peso* a um do que a outro, em função das *circunstâncias* do caso, num juízo de *ponderação* que não implica desqualificar ou negar validade, *em tese*, ao princípio *constitucionalmente* preterido, o qual, por isso mesmo, em outra situação, poderá vir a merecer preferência”.

Nesse passo, não se poderia excluir, *a priori*, a possibilidade de se ter mesmo de mitigar a necessidade de *segurança jurídica* frente à não falência da *dignidade humana*, da *saúde* ou da *vida*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, num balanço final das idéias expressas no presente Relatório de Pesquisa, pode-se destacar alguns dos fundamentos e conclusões, o que segue:

I - Há que se afastar a leitura que não reconhece a juridicidade dos Princípios, a idéia *puramente positivista* (meramente legalista) de que se revestem apenas de *normatividade subsidiária*, ou de que não passavam de exortações, preceitos de ordem moral e política.

II - Em uma visão *pós-positivista*, os Princípios são *categoria de* (espécie do gênero) *normas jurídicas* (normas de Direito), impondo, assim como as regras, obrigação legal. Mais importante ainda considerar sua face que permite, numa sociedade plural, trabalhar com as demais normas jurídicas que, fossem de uma leitura fechada, não atenderiam o contexto social em que se inserem.

III - A partir dos diversos autores estudados, propõe-se o seguinte conceito de Princípio Constitucional: *espécie do gênero norma jurídica*, que ocupa o *ápice do ordenamento*, com caráter *irradiador* de sentido com relação às demais normas e atos jurídicos, com textura de *generalidade e abstração* mais elevada do que as *regras*, elaborado em *fórmulas que sintetizam um conjunto de idéias*, estas que representam a *positivação* de *valores e ideologias* da Sociedade, verdadeiros *catalisadores* para *compreensão, interpretação, otimização e aplicação* do Direito e do *justo*.

IV - A interpretação de que ser um Estado Democrático de Direito é um horizonte em que se deve caminhar e não uma idéia estática conduz ao pensamento de que também Democracia é um conceito dinâmico e plurívoco, podendo-se observar no cotidiano (sob a ótica jurídica) elementos que favorecem seu desenvolvimento e outros que fazem retroceder o Brasil no estágio de aprimoramento democrático, a medida de qualidade da Democracia.

V - A *Democracia* num contexto brasileiro, não é um *status* alcançado, mas antes, algo *dinâmico* e *em curso*, contudo, nem sempre na mesma marcha à frente e na mesma velocidade. Para não deixar de ser o que pretende, o valor do *humanismo* deve ser seu norte, não podendo sucumbir às



*forças de mercado*, disfarçadas também em argumentos de *viabilidade econômica e governabilidade*. Um dos mais eficientes instrumentos é a *informação qualificada* (ainda que simples, inteligível) que possibilite *escolhas efetivas pelos que podem decidir* (direta ou representativamente), assegurando-se a liberdade frente à manipulação de terceiros, a partir de um equilíbrio construtivo da idéia do *mandato imperativo*. Seu *habitat* mais favorável é o constitucionalismo e o Estado de Direito, onde cada indivíduo possa depositar a confiança na realização e no aprimoramento da dinâmica democrática e na garantia dos direitos e das liberdades individuais, mesmo frente a uma *suposta* maioria (esta muitas vezes manipulada pelo populismo).

VI - Com a Súmula de Enunciados Vinculantes a antiga discussão sobre a característica normativa da Jurisprudência ganhou novo enfoque. A Jurisprudência foi alçada, pelo menos nesta sua face, a *fonte normativa primária*, a partir da criação de *textos normativos* com características de *generalidade e abstração e imperatividade elevada* dirigida em especial para entes públicos e inclusive para os demais órgãos do Poder Judiciário, em mais um flagrante de criação de instrumento de destacado e relevante *déficit* democrático no Brasil. Afastou-se o nascimento dessas normas (Enunciados Vinculantes) e também sua aplicação não apenas do Parlamento, como também do diálogo democrático dos processos judiciais nas várias instâncias.

VII - Para compatibilizar o instituto com o *princípio do amplo Acesso à Justiça* não se pode pretender que seja motivo de *indeferimento de petição inicial* o fato de o fundamento de Direito principal (ou até mesmo único) ser contrário ao Enunciado Vinculante. Deverá o Juiz ouvir os argumentos, proporcionando em sua decisão, posteriormente, que, se não participou diretamente a parte da elaboração do Enunciado, ao menos se possa decidir *a par dele* em situações/fatos ou ponderações jurídicas não consideradas/motivadas/decididas quando do surgimento do Enunciado. Assim, como se pôde observar, o intuito de *repressão à demanda* dos artífices da Súmula

de Enunciado Vinculante não funcionará em primeiro grau (eventualmente, apenas, como repressão geral à iniciativa de levar lides ao Judiciário).

VIII - No que tange às preocupações com o *princípio da isonomia* e o *princípio da segurança jurídica*, há que se ponderar que o reconhecimento de diferenças e particularidades é menos preso a uma suposta *arbitrariedade* do Juiz do que à *arbitrariedade* dos fatos da Vida. Além disso, é impossível conseguir que todos saibam de antemão, a partir dos Enunciados Vinculantes, qual seria a solução do seu caso, sem violar de forma rasa e frontal a possibilidade da conclusão anterior.

IX - Se a preocupação é o *engessamento* do Direito, a partir do que os próprios defensores delineiam, ainda será possível apresentar os novos argumentos, novas realidades sociais (ou mesmo antigas e ignoradas). Pensar que isso não vai ocorrer porque com as Súmulas meramente persuasivas não aconteceu é equivocado, pois lhes faltava justamente o caráter coativo, que agora se pretendeu implantar. Há que se entender a possibilidade de adequação de situações às realidades regionais e locais. É a volta ao contexto (pela atividade interpretativa do Juiz de primeiro grau), que é algo expressa e confessadamente abandonado na edição de um Enunciado Vinculante.

X - Relativamente à posição do Legislador frente ao Enunciado de Súmula Vinculante, observa-se que o que foi decidido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal, sumulado com efeito Vinculante, não se tornará constitucional simplesmente pela edição de nova lei de mesmo conteúdo. Para que a mesma lei não nasça já inconstitucional, deverá haver Emenda Constitucional (dentro dos limites de sua própria validade). Percebe-se assim que há, efetivamente, limites que surgem ao Legislador. Além disso, o Executivo, que terá de sancionar as leis, este está sim vinculado ao novo efeito da súmula e, portanto, seu ato de perfectibilização de norma infraconstitucional que contrarie Enunciado Vinculante é obstado. Nem mesmo poderia o Executivo apresentar projeto de lei (que fosse de sua iniciativa) e com texto contrário a Enunciado Vinculante existente.

XI - É correto considerar que autorizado a interpretar o direito aplicável ao caso concreto – e o Enunciado não se refere a caso concreto – o Magistrado terá um certo grau de liberdade, que foi, efetivamente (no mínimo) *mitigada* a partir do momento em que entrou no ordenamento a nova *regra primária*, o Enunciado Vinculante relativo ao caso, que deverá ser *levado em consideração* no conjunto das regras aplicáveis (ou não) para o trato com a situação posta em julgamento.

XII - Está para ser desenvolvida uma Doutrina e a Jurisprudência acerca da possibilidade do controle difuso do teor de Enunciados Vinculantes. A *interpretação conforme a Constituição* do Enunciado *parcialmente incidente*, p.e., e nessa *interpretação conforme* seriam levados em conta os princípios estruturantes em choque (p.e. dignidade, vida, saúde) em contraposição ao que tenha utilizado o Enunciado específico e até mesmo à idéia da aplicação do Enunciado Vinculante (princípio da segurança). Talvez seja essa a saída para os mais claros absurdos que surgirem a partir de tais Enunciados, delineando caminho para a ponderação de princípios, mantendo uma certa abertura da textura das normas (albergando possíveis significados plurívocos). Isso porque sabe-se que é impossível um critério abstrato que contraponha um princípio a outro (sob pena de não preservação do núcleo mínimo do valor que estaria cedendo) e não é o Enunciado Vinculante que fará com que essa realidade mude. Isso ocorreria mesmo quando o Enunciado Vinculante fosse a tradução de um princípio.

Diante de tudo isso, finaliza-se com uma proposta conceitual (não acabada) do instituto do Enunciado de Súmula Vinculante:

Uma *espécie normativa primária* de fundamento e patamar constitucional, derivada de *procedimento judiciário*, com efeito e observância obrigatórios perante os órgãos do Poder Judiciário (salvo o Supremo Tribunal Federal, que as edita e pode reformular/cancelar), da Administração pública em geral (afetando assim também as pessoas naturais e entidades privadas), além

das pessoas naturais e empresas, mas estas apenas como reflexo da atuação dos agentes públicos (já que diretamente, não lhes afeta o direito de ação).

Cabe agora, quase alcançando o final deste trabalho, o pensamento de Streck, quando assevera: “[...] não tenho medo de afirmar que trocar a democracia e a independência dos juízes pelo desafogo dos processos – tese que começa perigosamente a ser aceita até mesmo pelos que são contrários à vinculação sumular – é um preço exageradamente alto a ser pago por todos nós”.

Pelo que foi visto e tudo que ainda está por vir no amadurecimento da utilização desse instituto estudado, não se pode deixar de registrar e asseverar que muito melhor para os princípios constitucionais brasileiros, ligados ao Sistema Democrático, seria a erradicação de tal instituto. Contudo, como o Guardião Maior da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, passou a utilizar e considerar constitucional tal ferramenta – apesar de tudo que se viu –, ela já existe e já tem efeitos práticos. Com eles é preciso trabalhar, embora, como disse, sem perder de vista que como restrição severa aos princípios estudados na primeira parte desta dissertação, na sua aplicação deve sempre se tentar aproximar o instituto de *alguma* viabilidade constitucional, embora, em sua forma e substância, não a tenha.

Com ou sem Enunciado Vinculante, o papel do Juiz (de qualquer Juiz de Direito) de intérprete e guardião das garantias constitucionais deve permanecer, pois que deve sempre ter em mente a tentativa de entregar um *direito justo* dentre as regras aplicáveis e frente à multidiversidade dos fatos sociais.

É conhecida a máxima de que apresentar um problema sem solução é ser parte dele, mas como dito no início, o objetivo é fomentar a reflexão e o debate, incitando por hipóteses possíveis que desafiem a sustentabilidade dos argumentos e os reforce.

Importa que esse reforço seja para cada um o desenvolvimento do seu entendimento fundamentado, argumentado e sustentável, e que ele tenha como valores primordiais a Justiça, a eqüidade.

O só fato de deixar dúvidas onde haviam certezas já seria missão cumprida, pois o profissional do Direito sempre é desafiado com novas idéias, novas situações, novos valores, da dinâmica da Sociedade, e a humildade de aceitar o “tornar a refletir” também é um valor a ser cultivado.



## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. Súmula vinculante. **Juris-Síntese IOB**, n. 65, mai/jun 2007, CD-ROM.

ASSIS, Wilson Rocha. **A normatividade dos princípios e a pós-modernidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1011, 8 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8212>>. Acesso em: 15/11/2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev. atual. e ampl. 3ª tiragem (2006). São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, Ano I, n.º 02, p.26-72, outubro de 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p.17-64.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. 2 ed. rev. ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 382.736**. Primeira Seção. Brasília, j. 08/10/2003, pub. DJ 25/02/2004, Disponível em: <<<http://www.stj.gov.br>>>. Acesso em: 02/10/07.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 228.432**. Corte Especial. Brasília, j. 01/02/2002, pub. DJ 18/03/2002, Disponível em: <<<http://www.stj.gov.br>>>. Acesso em: 02/10/07.

BRASIL. Lei nº 9.987, de 07 de dezembro de 1999. Altera a legislação tributária federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 dez. 1999. Disponível em< [http://www.in.gov.br/mp\\_leis/,asp?id=LEI%209887](http://www.in.gov.br/mp_leis/,asp?id=LEI%209887). Acesso em 22 dez. 1999.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Diário Oficial eletrônico deve ser livre e gratuito, **Notícias do CNJ**, Brasília, 09/10/2007. Disponível em: <<<http://www.cnj.gov.br>>>. Acesso em: 15/10/2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: 1988 (promulgada em 05/10/1988). Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 04/09/1942 (**Lei de Introdução ao Código Civil**). Brasília/DF: publicada no DOU em 09/09/1942. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

BRASIL. Lei n.º 11.417, de 19/12/2006 (**Lei da Súmula Vinculante**). Brasília/DF: publicada no DOU em 20/12/2006. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.



BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11/01/1973 (**Código de Processo Civil**). red. atualiz. Brasília/DF: publicada no DOU em 17/01/1973. Disponível em: <<<http://www.senado.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Constrangimento ilegal. **Habeas Corpus nº 181.636-1**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF. 6 de dezembro de 1994. **Lex**: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236 – 240, mar. 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 80**, Tribunal Pleno, Brasília, j. 12/06/2006, pub. DJ 10/08/2006. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Diário da Justiça**, Brasília/DF: Imprensa Nacional, seção 1, n.º 155, 13/08/2007. p.18-23. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas**, Brasília. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 12/10/07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 116.116-7**, Primeira Turma, Brasília, j. 02/09/1988, pub. DJ 07/10/1988. Disponível em: <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em: 01/10/07.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** trad. Carlos Aberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. reimp. 1998.

CARLIN, Marcelo. **O Julgamento por Equidade nos Juizados Especiais Cíveis:** uma abordagem à luz da convergência entre os Sistemas Jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law* e do movimento contemporâneo de acesso à Justiça. 2004. 169f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

CARLIN, Volnei Ivo. Jurisprudência com função substitutiva do legislador, **Revista Seqüência**, n. 16. Florianópolis: UFSC, jun. 1988. p. 31-37.

CARLIN, Volnei Ivo. O Judiciário e a nova Constituição, **Revista Jurisprudência Catarinense**, ano XIV, v. 52. Florianópolis: TJSC, 2º trim. 1986. p. 27-38.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Constituição, democracita e integridade.** A legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil. 2006. 249f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** 2 ed. rev. aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

COSTA, Sílvio Nazareno. **Súmula vinculante e reforma do judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ESSER, Joseph. *Grundstaz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Provat-rechts*. 2 ed. Tübingen, 1964. p. 103. *In*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.268.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Tradução Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Quinta Parte: Capítulos 13 e 14, p. 681-766. Título Original: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*.

FERREIRA, Gilson. A jurisprudência *contra legem* e sua posição no quadro teórico das fontes de produção normativa segundo o modelo jurídico romano-germânico. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v.5, p. 99-111, 2006.

GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e da direita**. Tradução de Álvaro Hattnher. São Paulo: Unesp, 1996. p. 9-30/153-171/225-258/259-277/279-286.

GOMES, Luis Flávio. A inconstitucionalidade da súmula vinculante é evidente. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30/10/2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 12/10/2007.

GOMES, Luiz Flávio. Fontes do direito penal: necessária revisão deste assunto. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28/98/2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 10/10/2007.

GONÇALVES Jr., Mário. A súmula vinculante e a blindagem da jurisprudência. **Juris-Síntese IOB**, n. 65, mai/jun 2007, CD-ROM.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica e a Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). São Paulo: RT, 1990.

JORNAL VALOR ECONÔMICO, **Editorial**, ed. 02/10/2007. p. A14.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUZ, Valdemar P. da. Súmula Vinculante (editorial). **Instituto dos Advogados de Santa Catarina**, Florianópolis, n.º 1, p. 1, ago, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, 2000. 43p.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula vinculante**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 1999.

PAES, Arnaldo Boson. **A normatividade dos princípios constitucionais**. Teresina: Site Oficial do TRT da 22ª Região. Gabinete Des. Arnaldo Boson Paes. Estudos. Disponível em: <http://www.trt22.gov.br>. Acesso em: 16/11/2006. 8 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**. Idéias e Ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9 ed. Florianópolis: OAB Editora, 2005.

PASOLD, Mônica Elias de Lucca. **Introdução ao estudo da base lógica da decisão judicial**. 2003. 114f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.

PÉCORA, Jesus Djalma. **Leito de Procusto e a USP**. Pensamentos. Disponível em: <<<http://www.forp.usp.br/restauradora/pensiere/mito.html>>>. Acesso em: 14/10/2007.

PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. **Coleção da Revista Jurídica Consulex** : janeiro/1997 a dezembro/2005, Brasília, ano IX, n. 195, 28/02/2005. CD-ROM.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999. 124 p.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REIS, Palhares Moreira. As primeiras Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal. **Consulex**, Brasília, ano XI, n. 255, p. 61-62, ago. 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal** : a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAMPAIO, Alice Maria Borghi Marcondes. A reforma do Judiciário : breves considerações. **Juris-Síntese IOB**, n. 65, mai/jun 2007, CD-ROM.

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

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante** : sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante**: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUSA, Celita Oliveira. A reforma do Poder Judiciário : solução ou desilusão? **Juris-Síntese IOB**, n. 65, mai/jun 2007, CD-ROM.

SOUZA, José Guilherme de. **A criação judicial do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 6 ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro**: Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante** : estudos e comentários à Lei n.º 11.417 de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88** : (Des)estruturando a Justiça : comentários completos à EC n.º 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Welington Luzia. As novas reformas do CPC e o Estado Democrático de Direito : adequação ou colisão? **Juris-Síntese IOB**, n. 65, mai/jun 2007, CD-ROM.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América : leis e costumes** : de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. trad. Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. **A democracia na América : sentimentos e opiniões** : de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ. Pró-Reitoria de Ensino. **Elaboração de trabalhos acadêmico-científicos**. Cadernos de ensino. Formação continuada. Ensino superior, [edição especial eletrônica] Itajaí: ano 2, n. 4, 103p., out. 2004. Disponível em <<http://www.univali.br>>. Acesso em: 31 de outubro de 2005.

**WIKIPEDIA**. The Free Encyclopedia. Carlos Santiago Nino (1943-1993). Saint Petersburg (Florida, USA): Wikipedia Foundation, Inc. Atualizado em: 8 de novembro de 2005. Disponível em: <<[http://en.wikipedia.org/wiki/Carlos\\_Santiago\\_Nino](http://en.wikipedia.org/wiki/Carlos_Santiago_Nino)>>. Acesso em: 20 de novembro de 2005.

**WIKIPEDIA**. The Free Encyclopedia. G8. Saint Petersburg (Florida, USA): Wikipedia Foundation, Inc. Atualizado em: 2 de fevereiro de 2008. Disponível em: << <http://pt.wikipedia.org/wiki/G8>>>. Acesso em: 8 de fevereiro de 2008.

# **ANEXO ÚNICO – LEI N.º 11.417/2006**

## **LEI N.º 11.417, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2006.**

*Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.*

### **O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.



§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

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.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

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.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 56. ....

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente

para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185<sup>o</sup> da Independência e 118<sup>o</sup> da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

*Márcio Thomaz Bastos*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.12.2006