

O CARÁTER NORMATIVO DAS SÚMULAS VINCULANTES

THE NORMATIVE CHARACTER OF SUMULAS VINCULANTES

Mateus Vargas Fogaça¹

Tiago Domingues Brito²

RESUMO

A tentativa de se implantar precedentes vinculativos no Brasil vem desde longa data e um dos momentos culminantes nessa implantação está atrelada ao advento da súmula vinculante, o que se concretizou com a edição da Emenda Constitucional nº 45/04. Mas, são esses precedentes vinculantes normas jurídicas? Qual é, de fato, a sua natureza jurídica? Pois bem, esse trabalho exatamente tenta apresentar respostas a essas questões. Para tanto, com auxílio dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, o que se pretende é voltar o olhar para o processo histórico de implantação da súmula vinculante na atual ordem constitucional do Brasil e, uma vez identificadas suas principais características, tentar buscar o verdadeiro caráter normativo das referidas súmulas vinculantes, isso porque as discussões que surgiram a respeito delas com a Emenda Constitucional nº 45/04 se mostraram acaloradas e persistem nos dias atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Súmulas vinculantes; Normas jurídicas; Emenda Constitucional nº 45/04.

ABSTRACT

The attempt to establish binding precedents in Brazil has come since long-standing and one of the highlights in this deployment is linked to the advent of *sumula vinculante*, which materialized with the Issue of Constitutional Amendment No. 45/04. But, are these binding precedents legal rules? What is, in fact, its legal status? Well, this work attempts to present the exact answers to these questions. To do so, with the help of deductive methods, historical and comparative, the aim is to look again at the historical process of implementation of binding precedent in the current constitutional order of Brazil and, once identified their main characteristics, try to seek the true normative character of referred to binding precedents, this because the discussions that arose about them with the brazilian Constitutional Amendment nº 45/04 proved heated and still persist today.

KEYWORDS: *Sumulas vinculantes*; Legal rules; The brazilian Constitutional Amendment nº 45/04.

INTRODUÇÃO

O atento exame da tradição jurídica nacional aponta que vigorou no Brasil, até a promulgação da Constituição de 1891, um instituto jurídico de origem portuguesa através do qual se fixavam as interpretações judiciais da lei, com força vinculante.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo. Membro da Comissão de Direito Imobiliário da OAB/PR. Advogado.

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (FIO/SP).

Sem encontrar paralelo em nenhum instituto existente no ordenamento jurídico nacional, a reforma do Poder Judiciário, realizada por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/04, aumentou significativamente o volume de discussões acerca da oportunidade de se dotar de força obrigatória algumas decisões judiciais, a exemplo do que se verifica na *common law*.

A referida reforma constitucional, dentre diversas aspectos, criou a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas dotadas de efeito vinculante. Uma série de outras reformas infraconstitucionais ocorridas desde o final do século passado também tem indicado uma tendência legislativa de se conferir maior força às decisões judiciais.

Sem ignorar as acaloradas discussões doutrinárias quanto à oportunidade de se implantar um sistema precedentalista obrigatório e vinculante no Brasil, com auxílio dos métodos dedutivo, histórico e comparativo, o presente trabalho propõe-se a olhar para o processo histórico de implantação da súmula vinculante na atual ordem constitucional e, uma vez identificadas suas principais características, buscar encontrar nela um caráter normativo.

1 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E AS TENTATIVAS DE INSTITUIÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

As discussões acerca da necessidade de existirem precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro não são recentes, sendo ele reiteradamente debatido quando se aborda o tema da reforma do Poder Judiciário (SILVA, 2010, p. 564). A história da legislação pátria permite seja identificada a origem de tais questionamentos na herança legislativa portuguesa, de inspiração romana (MELLO, 2008, p. 54).

É correto afirmar que, até a promulgação da Constituição de 1891, no Brasil, tinha vigor o instituto das *fazanãs y alvedrios* (MANCUSO, 2013, p.235), posteriormente transformados pelas Ordenações Manuelinas e Filipinas nos *assentos da Casa da Suplicação*, constituindo “enunciados com força vinculante, através dos quais era fixada a ‘verdadeira’ interpretação da lei” (JANSEN, 2005, p. 43).

Em 1843, buscou-se conferir ao Supremo Tribunal de Justiça, então órgão máximo do Poder Judiciário, a possibilidade de julgar definitivamente causas às quais se admitisse revista, por se entender anômala a situação na qual os tribunais inferiores proferissem decisões destoantes daquelas anteriormente proferidas pela mencionada Corte (SILVA, 2010, p. 564).

Lembra Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 238) que a Constituição Republicana de 1891, ao instituir a dualidade de jurisdicional – Federal e Estadual – e permitir aos Estados a legislação sobre processo e organização judiciária, abandonou o instituto dos assentos portugueses. Para resolver a possível divergência de julgamentos, em seu art. 59, § 2º, previu a obrigatoriedade de a Justiça Federal consultar a jurisprudência local quando tivesse de aplicar legislação estadual, e vice-versa.

No atual Código de Processo Civil, idealizado por Alfredo Buzaid, também se empreendeu esforços para o resgate do instituto de origem portuguesa. O empreendimento não triunfou, todavia, em razão de, à época, a doutrina considerar a proposta inconstitucional. Em consequência, referida parte do projeto foi suprimida, remanescendo apenas o capítulo atinente ao incidente de uniformização de jurisprudência (OLIVEIRA; BRITO, 2013, p. 176).

O controle difuso de constitucionalidade já existia no Brasil desde a Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a e b*), mas foi apenas a Emenda Constitucional 16/65 que acrescentou à Constituição de 1946 a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de normas federais e estaduais (MARTINS; MENDES, 2009, p. 44-59).

Nada obstante, foi somente durante o regime militar que o Ato Institucional 5/68 deu nova redação ao art. 119, inciso I, alínea *l*, da Constituição de 1967, para atribuir ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente “a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Segundo Rodrigo Jansen (2005, p. 43), o Regimento Interno daquela Corte atribuía força vinculante à interpretação adotada na decisão proferida com base no citado dispositivo constitucional. A inobservância constituiria, portanto, negativa de vigência do texto interpretado.

O papel da jurisprudência ganhou maior relevo com a Constituição Federal de 1988, segundo Patrícia Perrone Campos Mello, devido “a) à redemocratização do país, b) à amplitude da pretensão normativa de seu texto, c) à nova hermenêutica constitucional, d) à inovação nos instrumentos de *judicial review*” (2008, p. 56).

Dentre as importantes alterações implantadas no cenário jurídico brasileiro pelo novo Texto Constitucional, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 24) destaca, além da redefinição das competências, a “ampliação das hipóteses de controle material de Emendas à Constituição; controle das omissões constitucionais; ampliação do acesso ao Supremo Tribunal federal e o papel do Ministério Público Federal no controle de constitucionalidade das leis”.

O esforço histórico de implantação de um sistema de precedentes obrigatórios teve grande impulso quando, por intermédio da Emenda Constitucional 03/93, instituiu-se a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a qual, ao lado das então já existentes Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), atualmente compõe o bloco de controle concentrado de constitucionalidade.

Às decisões de mérito proferidas em referidas ações é atribuída eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como se verifica no art. 103, § 3º, da Constituição Federal e art. 8º, da Lei nº 9.882/99, e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99.

A Emenda Constitucional 45/04, por sua vez, promoveu profundas alterações no Poder Judiciário brasileiro. Quanto ao objeto estrito do presente estudo, pode-se afirmar que, desde então, as seguintes decisões judiciais detêm eficácia normativa ou vinculante e *erga omnes* (MELLO, 2008, p. 105):

[a] *as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade de normas em face da Constituição Federal, mediante ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, ou em arguições de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 2º);*

[b] *as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional que versem sobre a validade, interpretação e eficácia de determinada norma e causem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, mediante o voto de dois terços de seus membros (CF, art. 103-A);*

[c] *as decisões proferidas por Tribunais de Justiça, em controle concentrado de constitucionalidade de normas municipais ou estaduais e face de Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º);*

[d] *decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal, que reconheçam a inconstitucionalidade de norma em controle difuso, quando estas tiverem sua execução suspensa em razão de resolução do Senado Federal (CF, art. 52, inciso X); e*

[e] *decisão incidental proferida em ação direta interventiva relativa a violação de princípio sensível, quando editado decreto de intervenção através do qual o ato impugnado seja suspenso (CF, art. 36, § 3º).*

Mas não é só. Uma série de reformas processuais realizada nos últimos anos veio a disciplinar a utilização de precedentes judiciais, no intuito de estabilizar o direito brasileiro. No seio do Código de Processo Civil, dentre outros dispositivos introduzidos ou modificados, citem-se, o art. 285-A (sentença liminar de improcedência), o art. 518, § 1º (súmula

impeditiva de recursos), os arts. 543-A e 543-B (repercussão geral para admissão de recurso especial), o art. 543-C (recursos repetitivos) e o art. 557, caput e § 1º (amplia os poderes de decisão do relator) (CAMBI, 2009, p. 145).

Como se percebe, ao lado das diversas modificações introduzidas no corpo do Código de Processo Civil, no que tange ao processamento de recursos perante os Tribunais, a paulatina introdução de precedentes vinculantes no Brasil é enormemente derivada das Emendas Constitucionais 03/93 e 45/04.

Introduzida no cenário jurídico nacional pela última Emenda Constitucional mencionada, atualmente, mesmo não constituindo um grande salto histórico (TUCCI, 2004, p. 282), a súmula vinculante é o expoente maior da busca pela atribuição de efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais, em representação àquilo os juristas tem identificado como uma aproximação (MELLO, 2008, p. 1; BARBOZA, 2014, p. 25; MARINONI, 2011, p. 99-101) do ordenamento jurídico brasileiro, originariamente inspirado na *civil law*, ao sistema da *common law*, onde os juízes são fortemente vinculados à *ratio decidendi* (STRECK, 2013, p. 43) dos precedentes, os quais, por sua vez, ocupam o papel central das fontes do direito.

Tal instituto jurídico, mesmo após alcançar assento constitucional (CF/88, art. 103-A) e possuir regulamentação infraconstitucional (Lei nº 11.417/06), continua sendo alvo de críticas doutrinárias, umas coerentes, outras ideológicas e apaixonadas, como lembra Rodrigo Jansen (2005, p. 44).

É por tais razões que se pretende, no presente trabalho, verificar quais as características das súmulas vinculantes, na tentativa de se identificar, nelas, a natureza de norma jurídica.

2 CARACTERÍSTICAS DA SÚMULA VINCULANTE

Prevista no art. 103-A, da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei nº 11.417/06, a súmula vinculante é constituída de um enunciado sintético, geral e abstrato, por intermédio do qual é veiculada a *ratio decidendi* comum a múltiplas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de idêntica controvérsia constitucional.

Ela possui nítida inspiração no sistema da *common law*, onde vigora a doutrina do *stare decisis* e ao precedente judicial é atribuída enorme importância, a ponto de se enxergar neles um “corpo de leis separado”, devido ao valor prático e facilitador na tomada das decisões:

Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque a doutrina básica do Direito é *stare decisis* ('mantenha-se a decisão', jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos. À parte a doutrina legal, os precedentes têm um valor prático. O seguimento do precedente permite que um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilita a tarefa da tomada de decisões (BAUM, 1987, p. 191-192).

A discussão da lide, na *common law*, é baseada no precedente, decisão concreta proferida em caso pretérito, a partir do qual as razões jurídicas são expostas pelas partes, para evidenciar como a *ratio decidendi* – motivo determinante da decisão, vinculante –, pretérita abona sua tese (ABBOUD, 2012, p. 521).

A forma de operar a súmula vinculante brasileira, entretanto, é um pouco diferente. Sua edição, revisão e cancelamento não ocorrerão no curso de uma ação, mas em procedimento específico estipulado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e, desde sua publicação na imprensa oficial, terá observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, direta e indireta, em todos os níveis da Federação.

Outras diferenças existentes entre a súmula vinculante e o precedente judicial da *common law*, baseado na doutrina do *stare decisis*, aliás, são abordadas por Rodrigo Jansen (2005, p. 51):

A primeira, mais evidente, é a de que no *stare decisis* as decisões são vinculantes, não existindo a figura da súmula (que é, na verdade, um extrato da decisão), o que já revela diferenças práticas na sua aplicação. Uma segunda diferença é a origem do efeito vinculante. Na *common-law* o *stare decisis* faz parte da lógica do sistema, sendo um imperativo de segurança jurídica e de respeito aos órgãos jurisdicionais superiores. Aqui, o efeito vinculante nasce de uma imposição normativa operada por emenda constitucional. Lá, portanto, é produto da maneira como tradicionalmente se compreendia o sistema. Entre nós, a norma deseja impor essa consciência nos operadores do sistema.

Na *common law*, entende-se por precedente a regra jurídica adotada pela mais alta Corte de determinada jurisdição no julgamento de determinada causa, a qual deverá ser aplicada a casos futuros quando o contexto fático seja substancialmente idêntico, como destaca Charles D. Cole (1998, p. 11-12):

A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, 'precedente' é a regra jurídica usada

pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicados aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e ‘não mudem uma questão decidida’.

Constituindo, ela própria, a *ratio decidendi* com caráter vinculante, tal instituto possui mecanismo diferente daquele utilizado no precedente judicial da *common law*. É desvinculada da decisão que a originou para se impor, tal como a lei, geral e abstratamente a um sem número de casos futuros, dispensando nova argumentação das partes nos casos futuros (STRECK, 2013, p. 63).

O efeito vinculante, sem dúvida, constitui a principal característica de tal instituto. Tal atributo, existente no texto constitucional desde a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, com a Emenda Constitucional 3/93, somou-se ao já conhecido efeito *erga omnes* atribuído às decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (JANSEN, 2005, p. 45).

A análise da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante permite concluir que eles “deveriam ser tratados como institutos afins, mas distintos” (MARTINS; MENDES, 2009, p. 596). A propósito das diferenças conceituais e práticas, é referência no assunto o estudo desenvolvido por Gilmar Ferreira Mendes (1993, p. 120-121), quando da edição da EC 03/93:

A presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

A declaração de nulidade de uma lei não obsta sua reedição, ou seja, a repetição do seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.

O efeito vinculante teria o condão de tornar obrigatória a observância dos seus fundamentos ou motivos determinantes (ROSITO, 2012, p. 399) (*ratio decidendi*), enquanto a eficácia *erga omnes*, tal qual a coisa julgada, estaria limitada à parte dispositiva da decisão (OLIVEIRA; BRITO, 2013, p. 181).

Eduardo Cambi (2009, p. 168-169), Francisco Rosito (2012, 398-399) e Mônica Sifuentes (2005, p. 262), contudo, amparados no art. 103-A, § 2º, primeira parte, da

Constituição Federal, sustentam que a súmula com efeito vinculante não possui o condão impedir o legislativo de editar lei em sentido diferente ou oposto àquele nela constante, ressalvada, contudo, a possibilidade de, após sua elaboração, o novo texto legal ser objeto de averiguação de constitucionalidade.

A extensão de efeito vinculante aos motivos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal prestigia, sem sombra de dúvidas, seu papel de intérprete máximo da Constituição Federal. Pode-se dizer que, portanto, quando se profere decisão em sentido oposto àquele por aquela Corte, na realidade, ocorre flagrante desrespeito à própria Constituição (JANSEN, 2005, p. 47).

Ao proferir voto na Questão de Ordem na Ação Direta de Constitucionalidade nº 01/DF, o então Ministro Francisco Rezek, em crítica que continua atual, embora realizada no ano de 1993, para além dos nocivos efeitos jurídicos, bem pontuou os maléficos efeitos do desrespeito às decisões proferidas pela Corte à qual é atribuída a guarda e interpretação última da Constituição Federal:

Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas... Desse modo me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do País? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a ideia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere? (STF, Tribunal Pleno, ADC 1/DF. Questão de ordem. Julgado em 27/10/1993. DJ 16/06/1995)

Sob a ótica da diminuição da eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal quando outras instâncias não observam as interpretações pretéritas, assim se manifestou Gilmar Ferreira Mendes ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 203.498/DF (STF, Segunda Turma, AgRgRE 203.498/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 08/04/2003. DJ 22.08.2003):

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.

O acréscimo de valor à jurisprudência no Brasil pode ser atribuído àquilo que Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 99) tem denominado de aproximação do sistema da *civil law* ao da *common law*, contexto no qual não há justificativa para a existência de decisões diferentes, sendo de rigor que casos semelhantes recebam o mesmo tratamento.

A súmula vinculante tem o condão de vincular direta e indiretamente. De acordo com Francisco Rosito (2012, p. 400), “a primeira é aquela que submete o Poder Judiciário e a Administração Pública, enquanto a segunda é genérica, abrangendo tanto o Poder Legislativo como os particulares”.

A diferenciação é bastante válida e útil para se esclarecer que apenas os atos emanados dos órgãos diretamente vinculados aos efeitos da súmula, ou seja, do Poder Judiciário e da Administração Pública, é que poderão ser objeto de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, tal como dispõem o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal e o art. 7º, da Lei nº 11.417/06 (BAHIA, 2012, p. 363).

O objetivo da súmula sempre será a validade, interpretação e a eficácia de determinadas normas. Deverá existir atual divergência jurisprudencial entre os órgãos judiciários ou entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, que possam ocasionar grave insegurança jurídica e desproporcional multiplicação de processos sobre questão idêntica, de acordo com o a regra contida no art. 103-A, § 1º, da Constituição Federal.

Por intermédio da mencionada disposição constitucional, a súmula vinculante busca extirpar do ordenamento jurídico o caos jurisprudencial, tratado como jurisprudência lotérica por Eduardo Cambi (2001, p. 111). Como consequência, os cidadãos teriam condições de melhor pautar suas condutas, aumentar sua capacidade de compreensão do ordenamento jurídico, tornado menos opaco (CÁRCOVA, 1998, p. 14). Por via reflexa, ainda, tem-se um desestímulo à litigiosidade e interposição infundada de recursos, descongestionando o Poder Judiciário, reduzindo a morosidade processual e promovendo, em certa medida, o acesso à justiça a que se referem Mauro Cappeletti e Bryant Garth (1988, p. 9).

A propósito do procedimento de criação, alteração ou supressão, ele poderá ser iniciado de ofício ou mediante requerimento, sendo legitimados para tanto “aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade” (CF, art. 103-A, § 2º) ou qualquer um dos demais indicados no art. 3º da Lei nº 11.417/06. A aprovação somente ocorrerá mediante dois terços dos votos.

Uma vez finalizada a incursão nas principais características da súmula vinculante, impõe-se dar sequência ao trabalho, na busca de se constatar a existência de um caráter normativo no instituto jurídico.

3 AS SÚMULAS VINCULANTES SÃO NORMAS JURÍDICAS?

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, muito se tem discutido acerca da necessidade de respeito aos precedentes judiciais, de modo análogo ao verificado nos países nos quais se adota o modelo da *common law*.

Luiz Guilherme Marinoni (2011, p. 23-101), após traçar uma aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law*, sustenta a necessidade de respeito aos precedentes judiciais no Brasil, confrontando, para tanto, o precedente obrigatório com a segurança jurídica, a igualdade, a coerência da ordem jurídica, o controle do poder do juiz como garantia de imparcialidade, possibilidade de orientação jurídica, definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordo, facilidade na aceitação da decisão, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição à razoável duração do processo, economia de despesas e, por fim, maior eficiência do Poder Judiciário.

O maior desafio encontrado por aqueles que sustentam a implantação de um sistema precedentalista com força vinculante, sem dúvidas, é o de apresentar respostas satisfatórias aos argumentos da obstacularização à evolução do direito e o da violação à independência dos juízes.

Aos juristas acostumados a trabalhar no sistema romano-germânico, a compreensão da força obrigatória do precedente da *common law* é de suma importância. Tende-se a interpretar incorretamente a eficácia do precedente judicial, a ponto de se ter a falsa ideia de que a função do juiz seria reduzida à condição de mero aplicador mecânico de julgados anteriores (ROSITO, 2012, p. 89). O que se tem, a bem da verdade, é a busca do juiz do caso sucessivo pela *ratio decidendi* do caso pretérito para, após sua comparação com o novo caso, decidir pela aplicação, afastamento (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) do precedente (TOSTES, 2001, p. 202).

Além do mais, nem todas as decisões detêm caráter vinculante no âmbito da *common law*: “sempre que se vai julgar a aplicabilidade de um julgado passado a um litígio presente, é fundamental perquirir sobre a força (*authority*) que liga os dois casos: essa força pode ser obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive* ou *advisory*)” (RAMIRES, 2010, p. 66-67).

Na Inglaterra, pode-se dividir em três as formas de vinculação dos juízes aos precedentes, conforme sustenta René David:

1.º - As decisões tomadas pelas Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições salvo

excepcionalmente por ela própria; 2.º - As decisões tomadas pelo *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*; 3.º - As decisões tomadas pelo *High Court of Justice* impõem às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões do próprio *High Court of Justice* e pelo *Crown Court*. [...] As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos 'quase-judiciários' podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios" (2002, p. 428-429)

Especificamente quanto à súmula vinculante brasileira, a referência à possibilidade de sua revisão e/ou cancelamento é de extrema importância e visa não apenas a rebater dos críticos que sustentavam o engessamento do direito. Indica que a Reforma Constitucional nº 45/04, ao positivizar o instituto, tinha ciência da contínua e acelerada transformação da sociedade, a qual deve ser acompanhada pelo sistema jurídico, como bem lembra a doutrina (MENDES; BRANCO, 2014, p. 978-979):

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa. À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que há precisão constitucional da revisão e revogação de seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas hoje existentes nos tribunais.

Em relação à independência dos juízes, uma vez realizadas as alterações e adaptações necessárias à realidade do ordenamento jurídico nacional, ela não seria abalada com a adoção de um sistema de precedentes vinculantes aos moldes daquele verificado nos países da *common law*, o que se pode comprovar com a própria instituição da súmula vinculante.

Realmente, não se verifica qualquer ato de tolher a liberdade de interpretação do ordenamento simplesmente pelo fato de o julgador estar obrigado a observar os julgamentos pretéritos. Isso porque a ele sempre restará margem argumentativa para demonstrar (leia-se: fundamentar) as razões pelas quais um precedente ou súmula vinculante não devem incidir ao caso atual, deixando de aplicá-los (*distinguishing*), quando encontrar razão para tanto.

Referindo-se àqueles contrários à súmula vinculante por temer pela independência dos magistrados, vale destacar a doutrina:

Temos que os que assim pensam esquecem-se de que a independência do magistrado não é garantia posta a seu serviço ou favor, mas sim em favor da população que anseia por Justiça. Ainda que não sejam os magistrados servidores públicos comuns, posto que representantes de um dos Poderes do Estado e, por conseguinte, agentes políticos, não podem olvidar-se de que [...] são todos pertencentes ao gênero do serviço público, ou seja, devem *servir ao público*. Assim, a independência do magistrado deve ser utilizada para reverter-se em prol da população, cujo destino está em suas mãos, e não para ser fonte que jorra vaidade pessoal, com a satisfação íntima de que: ‘sou integrante do grupo do *eu sozinho*, e decido como em quero, porque sou independente’. Não se fala, aqui, do magistrado que procura uma nova interpretação, no sentido de fazer evoluir o direito ou que, do exame acurado e minucioso do caso, verifica que a hipótese *sub judice* é diversa das que anteriormente foram deduzidas, mas sim daquele juiz ‘rebelde’, que insiste em não observar a matéria pacificada, prestando verdadeiro desserviço ao povo (TOSTES, 2001, p. 196-197. Grifos do autor).

Não se deve admitir, no entanto, a pretensão de se elevar a independência dos juízes e a liberdade de convencimento à alçada de liberdade para escolha da decisão do caso concreto, pois – lembra Lenio Luiz Streck (2012, p. 105-106) –, “decidir não é sinônimo de escolher”, que é sinônimo de discricionariedade e, até mesmo, de arbitrariedade.

Ora, é bem verdade que, em razão da vinculação direta à qual estão subordinados os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em todos os níveis, “a obediência à súmula vinculante é bastante semelhante à obediência devida às normas emanadas do Poder Legislativo” (JANSEN, 2005, p. 53), podendo-se concordar que “a súmula vinculante, embora não seja lei, tenha força de lei, na medida em que se reveste de suas características essenciais, quais sejam, é geral, abstrata, impessoal e obrigatória” (CAMBI; BRITO, 2009, p. 146).

É preciso ter em mente a concepção de que a norma jurídica não se confunde com o texto. Antes, ela resulta da interpretação e das relações reciprocamente mantidas pelos mesmos textos, como ressalta Eduardo Cambi (2009, p. 85). Decorre daí a obrigatoriedade de se investigar se a súmula vinculante reúne as condições mínimas necessárias para, dela, serem extraídas normas jurídicas e, portanto, identificada a mesma força da lei.

O início da empreitada, sobre a natureza da súmula vinculante, exige seja encontrado o conceito de norma jurídica, com a advertência de Maria Helena Diniz, segundo a qual “quem quiser orientar-se acerca do problema do conceito da norma jurídica encontrar-se-á [...] diante de pontos de vista diferentes que lhe não serão de fácil domínio” (2009, p. 355).

Para se evitar a multiplicidade de opiniões sobre o tema, o correto é buscar a essência da norma jurídica, identificando as notas cuja presença é obrigatória, extirpando-se os caracteres meramente acidentais, contingentes ou variáveis (OLIVEIRA; BRITO, 2013, p. 188). O posicionamento de Maria Helena Diniz (2009, p. 356) é semelhante:

É mister definir exatamente a norma jurídica, purificando-a de seus elementos acidentais ou contingentes que encobrem sua verdadeira natureza, assinalando as essências que fazem dela uma realidade diferente de todas as realidades sociais. Dever-se-á, então, formular não uma mera definição nominal da norma jurídica, mas uma definição real essencial, porque é a que desvenda a sua essência pelo gênero próximo, que é a ideia imediatamente superior à de norma, quanto à extensão; e pela diferença específica, que é a qualidade que, acrescentada a um gênero, constitui uma espécie, distinta como tal de todas as demais do mesmo gênero. Portanto, o conceito da norma jurídica, para ser universal, deve abstrair todo conteúdo, que é contingente, variável, heterogêneo, considerando as essências, que são permanentes e homogêneas.

O conceito da norma jurídica, contendo as notas universais e necessárias, encontradas, portanto, em qualquer norma de direito, somente pode ser encontrado quando identificada a essência, que não se confunde com a própria norma (DINIZ, 2009, p. 361). Tal argumento deriva do fato de que a “essência tem existência anterior à norma e é dela que se mostra possível extrair as suas notas básicas ou essenciais, analisando, também e ao mesmo tempo, os elementos que são apenas acidentais” (OLIVEIRA; BRITO, 2013, p. 188).

Com esteio nas lições de Maria Helena Diniz (2013, p. 48), é possível sustentar a existência de apenas dois elementos essenciais da norma jurídica: a imperatividade e o autorramento.

De acordo com a referida doutrinadora, a imperatividade seria a essência genérica da norma jurídica. Tratando-se de uma norma de conduta, ela dirige o comportamento de seus destinatários, impondo um dever (DINIZ, 2013, p. 42).

Embora possa ser transgredida, a sanção decorrente não pode ser considerada como elemento da norma jurídica, pois pode ocorrer desrespeito à norma sem que se aplique a sanção respectiva. De igual forma, a coação, tratando-se de efetiva realização da sanção, não é elemento essencial em razão de a norma não agir, mas apenas orientar a ação daquele legitimado para tanto. Além do mais, mesmo que não existisse a coação, a norma jurídica continuaria a existir. O mesmo não aconteceria com a coação, que é dependente de uma violação à norma (DINIZ, 2013, p. 42-47).

O escólio da mesma autora também permite identificar o autorramento como a essência específica da norma jurídica. Compete à norma autorizar ou não ao lesado por seu desrespeito o uso da faculdade de exigir o cumprimento ou a reparação pelo dano sofrido (DINIZ, 2013, p. 48).

Uma vez identificada a norma jurídica como um imperativo autorizante, é necessário dar um passo a mais no estudo e, debruçando-se no âmago do instituto da súmula vinculante, perquirir se, nela, são encontrados tais traços característicos.

Pois bem. A súmula vinculante é imperativa na medida em que provoca vinculação direta da Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação, bem como do Poder Judiciário. O instituto objeto do estudo também carrega consigo o atributo do autorizamento, em razão de permitir àquele cujo desrespeito causou prejuízo, exigir o seu cumprimento, por intermédio de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal.

O argumento segundo o qual a súmula vinculante preenche os requisitos para se identificar, nela, as características das normas jurídicas, é corroborado pelo estudo desenvolvido por Rodrigo Jansen:

O dever de obediência à súmula vinculante não destoia dos esquemas antes expostos. Ela contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o Poder Judiciário. Assim, a súmula vinculante é também *norma jurídica*. Será, todavia, à semelhança das leis, uma norma jurídica *geral*, eis que aplicável a todos indistintamente, e *abstrata*, enquanto endereçada a quaisquer hipóteses presentes e futuras (2005, p. 54).

Mesmo após identificado o caráter normativo das súmulas vinculantes, ainda resta uma última tarefa: responder aos críticos para quem os juízes não teriam legitimidade para criar o direito. A empreitada é solucionada justamente na Teoria Pura do Direito, desenvolvida por Hans Kelsen. Em referido suporte teórico, encontra-se fundamento para a legitimação da *norma geral e abstrata* – a que se referiu Rodrigo Jansen na passagem anteriormente referida – de que se constitui a súmula vinculante.

Com efeito, para Kelsen, é possível que um tribunal, especialmente aquele de última instância crie, com suas decisões, não apenas a norma individual vinculante para o caso concreto, mas também normas gerais, como é o caso do Supremo Tribunal Federal, no momento em que edita a súmula vinculante:

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos (KELSEN, 2006, p. 277-278).

No entendimento do mesmo autor, seriam duas as hipóteses de criação de normas gerais pelos tribunais:

No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o

caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais que se encontram vinculados pelo dito precedente (KELSEN, 2006, p. 278).

A primeira seria verificada quando a norma individual estipulada no julgado não encontrasse fundamento de seu conteúdo em uma norma geral oriunda de processo legislativo ou consuetudinário. Tratar-se-ia, evidentemente, de uma lacuna legislativa, quando a decisão judicial, como diz Kelsen, criaria um direito material novo.

Na segunda hipótese, por sua vez, a norma legal ou consuetudinária na qual se baseou o julgador para proferir sua decisão permitiria mais de um resultado interpretativo, por não ser unívoca. Isso é assim porque o próprio direito comporta mais de uma significante, pois seu conceito “não é unívoco, e nem plurívoco, mas análogo” (DINIZ, 2013, p. 18), dada a designação de diversas realidades conectadas ou mutuamente relacionadas. Assim, uma vez que o ordenamento permitiria mais de uma conclusão razoável, a súmula vinculante teria o papel de norma geral, com o fito de esclarecer qual o sentido legal deve ser adotado.

A aplicação da lei jamais será isenta de atividade hermenêutica, interpretativa e criativa do juiz, pois não se pode excluir completamente a potencial existência de imperfeições no texto legal a demandar a busca pelo seu real alcance. Da mesma forma, mesmo se o texto for adequado, não se pode desconsiderar que o próprio passar do tempo e a alteração do contexto no qual está inserido pode tornar necessária a revisão de uma interpretação outrora consolidada (JANSEN, 2005, p. 56).

A exposição apresentada, portanto, justifica a criação da súmula pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e caráter normativo, mostrando-se viável a hipótese de *judge making law* no sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÕES

Os assentos da Casa da Suplicação, que por muitos anos tiveram vigência no território nacional, sempre foram o ponto de partida para a defesa da criação de um instituto jurídico por meio do qual fossem dotadas de efeito vinculante determinadas decisões.

Em meio aos intensos debates existentes até a atualidade, a Reforma do Judiciário perpetrada pela Emenda Constitucional 45/04 estabeleceu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas cujo conteúdo tem efeito vinculante e obrigatório para os

demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, direta e indireta, em todas as esferas da Federação.

Com intuito claramente valorizador das decisões proferidas pelo intérprete máximo da Constituição Federal, a súmula vinculante visa a extirpar o caos jurisprudencial do ordenamento jurídico brasileiro. Em consequência, torna o direito menos opaco, prestigia o acesso à justiça, garante segurança jurídica ao cidadão e, de resto, aproxima o sistema brasileiro da tradição da *common law*.

A pesquisa encontrou na súmula vinculante os predicados da imperatividade e do autorizamento, indicados pela doutrina como os elementos essenciais e indispensáveis para a caracterização de uma norma jurídica. Com efeito, o instituto é imperativo quando vincula a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário. É, também, autorizante, quando permite seja exigido seu cumprimento por intermédio da reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

Uma vez confirmada a hipótese de existência de um caráter normativo, o trabalho permitiu encontrar resposta satisfatória aos críticos e demonstrar que os tribunais de última instância podem criar normas jurídicas gerais e abstratas, como é o caso das súmulas vinculantes, cuja edição pelo Supremo Tribunal Federal está autorizada desde o advento da Emenda Constitucional 45/04.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 491-552.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. *Revista de Processo*, n. 206, ano 374, abr/2012, p. 359-379.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BAUM, Lawrence. *A suprema corte americana*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, ADC 1/DF. Questão de ordem. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 27/10/1993. DJ 16/06/1995.

_____. _____. Segunda Turma, AgRgRE 203.498/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 08/04/2003. DJ 22.08.2003.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 786, p. 108-128, abril 2001, p. 108-128.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, n. 168, ano 34, fev/2009, p. 143-160.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do Direito*. São Paulo: LTR, 1998.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos: o sistema de precedente vinculante do Common Law. *Revista dos Tribunais*, n. 752, ano 87, jun/1998, p. 11-21.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito civil*. v. 1. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 838, ano 94, ago 2005, p. 42-74.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, ano 1, jul-set/1993, p. 98-136.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Flávio Luis de; BRITO, Jaime Domingues. Os precedentes vinculantes são normas? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). *Sistema constitucional de garantias e seus mecanismos de proteção*. Birigui: Boreal, 2013, p. 175-193.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. Uniformização de jurisprudência. *Revista de Processo*, n. 104, ano 26, out/dez 2001, p. 194-218.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Malheiros, 2006.