

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

**AS DECISÕES DO PLENO DO STF: CARÁTER VINCULANTE NA
APLICAÇÃO DO CASO CONCRETO INDEPENDENTEMENTE DA
EDIÇÃO DE SÚMULA**

JOÃO FERNANDO CARNEIRO LEÃO DE AMORIM

Prof. Dr. FRANCISCO CAETANO PEREIRA
(Orientador)

RECIFE
2013

JOÃO FERNANDO CARNEIRO LEÃO DE AMORIM

**AS DECISÕES DO PLENO DO STF: CARÁTER VINCULANTE NA
APLICAÇÃO DO CASO CONCRETO INDEPENDENTEMENTE DA
EDIÇÃO DE SÚMULA**

Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, com exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito em Processo Jurisdição e Cidadania sob a orientação do Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira.

RECIFE
2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**AS DECISÕES DO PLENO DO STFL CARÁTER VINCULANTE NA APLICAÇÃO
DO CASO CONCRETO INDEPENDENTEMENTE DA EDIÇÃO DE SÚMULA**

JOÃO FERNANDO CARNEIRO LEÃO DE AMORIM

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Católica de Pernambuco para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Francisco Caetano Pereira
Orientador - Universidade Católica de Pernambuco

Professor Dr. Sergio Torres Teixeira (titular interno)
Membro - Universidade Católica de Pernambuco

Professor Dr. Zélio Furtado da Silva (titular externo)

*Àqueles que me deram o dom da vida, meus princípios,
minha formação, meus exemplos. A quem devo tudo.
Painho e mainha, amo vocês.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade e por ter me dado forças para aqui chegar.

Aos meus pais Silvio e Patrícia, à minha irmã Melissa, e ao meu grande amor Livia por todo apoio, força e compreensão.

A todos os professores, especialmente ao meu querido orientador acadêmico e espiritual Pe. Caetano pela paciência e compreensão e ao Prof. Dr. Zélio Furtado, amigo que levo no coração.

Aos meus amigos Soraya, Danilo, Nicolas e Daniel Meira, grande presente que recebi desta Universidade, pela amizade e convivência.

RESUMO

Trata-se de uma reflexão acerca da interpretação e aplicação do Direito, sob a ótica do Princípio do livre convencimento motivado do julgador. Analisa-se a decisão como ato de vontade e a relação entre esta vontade subjetiva e os fundamentos objetivos apresentados a justificar a tomada da decisão. Aborda-se acerca do precedente judicial, faz-se sua análise, classificação, formas de superação e distinção entre precedentes. Estuda-se a súmula vinculante no Brasil, analisando-a a partir do instituto, de seus legitimados para propor, modificar ou cancelar, bem como da sua operacionalização. Também trata sobre a possibilidade de se exigir do operador do Direito o respeito aos precedentes do Pleno do Supremo Tribunal Federal, independentemente da edição de súmula vinculante. Por fim, analisa-se o histórico do respeito aos precedentes no processo administrativo, fazendo a comparação com aqueles da lavra do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Processo Constitucional, Súmula Vinculante, Precedente vinculante, *Civil Law*.

ABSTRACT

This work is a reflection on the interpretation and application of the law from the perspective of the “principle of free conviction”. The study analyzes the judge’s decision considered as an act of volition, as well as the relationship between this subjective act and the objective foundations presented to justify the making of the decision. Next, I focus on judicial precedent: its analysis, classification, and ways of overcoming and distinguishing between precedents. Stare decisis in Brazil is examined, analyzed in terms of the institution and its standing to propose, modify or cancel, as well as its operationalization. Also considered is the possibility of requiring legal practitioners to respect the precedents set by the Supreme Federal Court Plenary, independently of stare decisis. Finally, the historical record in respect to precedents in the administrative process is examined, comparing to those created by the judiciary.

Keywords: constitutional processes, stare decisis, binding precedent, civil law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A QUESTÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR	10
1.1 A criação judicial do Direito.....	11
1.2 Lei, jurisprudência, segurança jurídica e previsibilidade.....	11
1.3 O discurso de verdade, sua motivação e o conceito de justiça.....	13
1.3.1 A verdade no mundo jurídico.....	13
1.3.2 O discurso de verdade e a sua motivação.....	17
1.3.3 O discurso de verdade e o conceito de justiça.....	18
CAPÍTULO II PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: O PRECEDENTE JUDICIAL E SUA DINAMICIDADE	21
2.1 <i>Ratio Decidendi e Obter Dictum</i>	22
2.2 Os precedentes quanto à sua força.....	25
2.3 Técnicas de superação de precedente e distinção entre o caso em análise e o precedente.....	26
2.3.1 <i>Distinguishing</i>	27
2.3.2 <i>Overruling</i>	28
2.3.2.1 <i>Antecipatory overruling</i>	30
2.3.3 As técnicas do <i>signaling</i> , <i>transformation</i> e <i>overriding</i>	31
2.4 A modulação dos efeitos temporais do precedente judicial.....	32
2.4.1 Classificação dos efeitos temporais.....	33
2.4.2 A modulação dos efeitos da decisão do STF e o princípio da nulidade da lei inconstitucional.....	36
CAPÍTULO III A SÚMULA VINCULANTE	39
3.1 Dos legitimados a propor a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante.....	43
3.2 Requisitos para edição de súmula vinculante.....	46
3.3 Da reclamação.....	48
3.4 Operacionalização da súmula vinculante.....	49
3.5 Ativismo judicial e súmula vinculante.....	52
3.6 A PEC nº 33 que confere ao CONGRESSO NACIONAL poder de veto sobre a declaração de constitucionalidade e inconstitucionalidade emanada o STF.....	56
CAPÍTULO IV O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA	62
4.1 A possibilidade de atribuir efeito <i>erga omnes</i> às decisões do plenário.....	63
CAPÍTULO V O RESPEITO AOS PRECEDENTES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO	67
5.1 O <i>stare decisis</i> nas decisões administrativas.....	68
CONCLUSÕES	73
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

As decisões do Supremo Tribunal Federal, em que pese ser o Tribunal com incumbência de dar a última palavra quanto à constitucionalidade das normas e ser por isso “guardião” da Constituição (art. 102 da CF/1988), todavia, no plano prático – parece não ter a força de influenciar decididamente as decisões que são tomadas em juízo de primeiro grau e nos tribunais de segunda instância. As decisões do STF, quando não são revestidas de caráter vinculante, funcionam apenas como mera fonte de informação, do saber jurídico, do que pensa seus membros, sem contudo – embora influencie - ser determinante na sentença ou no acórdão, isto é, tais decisões saem no formato como pensam seus julgadores e não como entende o STF, cabe sempre ao litigante ter que usar os recursos para que chegue a essa instância e assim ver aplicado o entendimento desta Corte. Portanto, constata-se que a Suprema Corte é mais reverenciada e admirada pelos jurisdicionados, a sociedade em geral, por pessoas que não têm relação direta com o mundo jurídico, do que propriamente com aqueles que são chamados operadores do direito.

O presente trabalho inicia com uma reflexão acerca da criação judicial do Direito. Sabe-se que a Ciência Jurídica como ciência cultural exige do seu interprete muito mais do que a simples aplicação automática da norma ao fato, o Direito, que não se estanca na norma, é, sem dúvida criado e recriado sempre e de forma inesgotável para atender às exigências da realidade social. É um processo dinâmico a exigir do seu interprete múltiplas e sempre atuais adaptações com vistas às exigências sociais que emergem dos fatos. E, nesse contexto, é concedido ao Estado-juiz, em cujas mãos é concentrado todo monopólio da elaboração, interpretação e aplicação da Lei, a incumbência de entregar a prestação jurisdicional dando-lhe a solução dos conflitos pautado na justiça das decisões e na boa aplicação do direito. Para alcançar esse papel muitas Escolas, ao longo da história da humanidade, tentam demonstrar de que forma deva ser estudado, interpretado e aplicado o Direito, realçando-se dois grandes troncos: o objetivista e a subjetivista, a primeira destacando-se com a Escola Exegética, que busca a vontade da lei, o juiz estaria adstrito somente ao texto dos dispositivos legais. O limite da interpretação é rigorosamente restrito. Contrário a tal entendimento a Subjetivista, representada pela

Escola do Direito Livre segundo a qual é concedido ao julgador todo poder de criação do Direito. Desta antagonia surge a Escola Histórico-Evolutiva em que a interpretação da Lei deve acompanhar as transformações sociais. Tais Escolas passaram a exercer um papel secundário com o surgimento do Normativismo de Hans Kelsen, segundo o qual existe a Norma Fundamental sendo esta a fonte em que toda a ordem jurídica se legitimaria. Ou seja, todo Direito estaria baseado em uma norma que por sua vez estaria legitimada pela Norma Fundamental, que antecede até mesmo o advento da Constituição e desta é sempre fonte.¹

A criação judicial do Direito não parece ser no mundo ocidental mais assunto de ânimos acirrados, ante o incontestado fato de que os órgãos judiciários, e aqui entendido como qualquer instância dessa função de julgar,² criam diuturnamente o Direito. A jurisprudência exerce um papel de magnânima importância na interpretação e aplicação do Direito ao caso concreto. Não é demais afirmar que ao lado do texto da Lei existe outro mais amplo e mais diversificado que é o arsenal das infundáveis decisões judiciais a emprestar um sentido, quase sempre, mais atualizado dos textos legais.

No mundo jurídico a forma assume uma supervalorização diante do que se poderia chamar conteúdo, substância, ou o fim do Direito. Parece inócuo a discussão em torno do formalismo jurídico, é que deita suas raízes no Sistema Romano-germânico em que a valorizando a norma escrita fez-se sobrepular a forma diante o que deva ser essencial, que a Justiça como o fim imediato. Nessa tradição – a forma como atributo maior do Direito -, incutiu-se tal idéia, todavia, com a evolução do próprio tempo, com as transformações sociais ocorridas, novas demandas erigiu-se conceitos, que resultaram na criação de princípios jurídicos minimizando o papel do formalismo, em que a forma deixa de ser um fim em si

¹ Sobre o tema, cf.: SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama, 2009; GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000; PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004; SOUZA, Carlos Aurélio Moda de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996; KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006; AFTALIÓN, Enrique R., Vilanova, José. **Introducción AL derecho**. Buenos Aires; Abeledo-Perrot apud GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000.

² Filiamos aos que entendem que só existe um único e soberano Poder que é aquele conferido ao Estado. Os três Poderes, como assim diz o art. 1º da Constituição Federal vigente, na verdade são funções, e, nesse sentido o Poder Judiciário é órgão que cuida de dirimir conflitos interpessoais, visando a paz social.

mesmo para tornar-se um meio para se alcançar o fim. A exemplo disso, cite-se o princípio da instrumentalidade das formas previsto no art. 154 do Código de Processo Civil parece traduzir bem que o essencial está em se alcançar a justiça, em detrimento do simples e inútil formalismo.³

É certo que, a exemplo do litígio judicial, por mais simples e cristalino que seja o Direito a ser postulado por um jurisdicionado, não poderá o mesmo gozar da proteção do Poder Judiciário senão fizer sua queixa através do advogado, não representa tal exigência reserva de mercado para esses profissionais, antes um tradicional formalismo sob o argumento de que o cidadão não é instrumentalizado para fazer valer sua pretensão em juízo, do que o perecimento do Direito.⁴

Direito, sob a ótica do Princípio do livre convencimento motivado do julgador. Analisando a decisão como ato de vontade e a relação desta vontade com a fundamentação utilizada formalmente na decisão. Analisa a criação judicial do Direito no contexto pós-modernista, demonstrando preocupação com o reflexo de tal criação sobre a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais.

Na seqüência debruça-se sobre a questão do discurso de verdade e o conceito de justiça, a fundamentação utilizada para legitimar o discurso e as razões que levam o operador à expor sua versão segundo um parâmetro que diz ser verdade.

A verdade, a justiça e o Direito são sempre palpitantes no discurso jurídico, e sobre tais, emblemáticas palavras, parece ter sido construído todo um pensamento ocidental até os dias atuais. Carregadas de muito sentido, de conceito indeterminado, seus significados transpõe-se ao próprio tempo e, sem dúvida, muito há que se perquirir em busca de um sentido próprio. A abundância de sentidos, resulta em que, como a palavra VERDADE é para a moral e a ética, qual o seu sentido para a religião; do mesmo modo, a polissemia da palavra que dá sentido ao

³ Código de Processo Civil, art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

⁴ Registre-se que essa ortodoxia em que a parte litigante terá que está sempre assistida por um profissional do direito, é minimizada nos juizados especiais cíveis e na justiça do trabalho.

Direito, sabendo-se que ainda se busca qual o objeto de seu estudo, e por isso perquire-se se é mesmo uma Ciência ou uma técnica de solução de conflitos. Nesse tópico - O discurso da verdade e o conceito de justiça -, procura-se discutir valores ínsitos ao Direito, mais precisamente em sua interpretação e aplicação.

Em seguida faz um breve estudo acerca do precedente judicial, iniciando com o estudo dos conceitos de *Ratio Decidendi* e *Obter Dictum*, para em seguida classificar os precedentes quanto à sua força e as técnicas de superação e distinção dos precedentes e suas derivações. Passa, então, à estudar e classificar os efeitos temporais de um precedente.

No terceiro capítulo, aborda a súmula vinculante em si, seus legitimados para propor sua edição, revisão e cancelamento, os requisitos para a sua edição, sua operacionalização. O capítulo ainda aborda o instituto da Reclamação como meio de voltar-se contra decisões que não cumprem à súmula vinculante. Nesse ponto, importante é trazer a discussão em torno do Projeto de Emenda Constitucional número 33/2011, a conhecida PEC 33/2011, em que o Congresso Nacional discute a possibilidade de submeter às Súmulas Vinculantes ao crivo dessa Casa Legislativa, pretendendo ainda criar mecanismo para submeter às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ao Congresso Nacional que não concordando com a decisão levaria o assunto à consulta popular através de Plebiscito, o que sem dúvida representa um ataque e ao mesmo tempo um alteração ao sistema de freios e contrapesos tradicionalmente admitido em todas as Constituições brasileiras.

Continua estudando a possibilidade de se exigir o respeito aos precedentes do Pleno do Supremo Tribunal Federal, independentemente da edição de súmula vinculante.

Por fim faz-se uma análise do histórico do respeito aos precedente no processo administrativo, fazendo-se uma comparação com o Poder Judiciário e observando que a possibilidade de se conferir o efeito vinculante às decisões do Pleno do Supremo Tribunal Federal, já são prevista no processo administrativo.

CAPÍTULO I APLICAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: A QUESTÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR

1.1 A criação judicial do Direito

Não há como falar em criação judicial do Direito sem antes tecer breves comentários acerca das escolas de interpretação. As quais pode-se dividir, inicialmente, em dois grandes troncos o objetivista, que a busca a vontade da Lei, representada principalmente pela escola exegética, onde o juiz se encontra amarrado à vontade da Lei. E o subjetivista, representado pela Escola do Direito Livre que concede ao julgador todo poder de criação do Direito. Como meio termo temos a escola histórico-evolutiva, onde a interpretação da Lei deve acompanhar as transformações sociais, sendo esta a mais aceita atualmente.⁵

Neste raciocínio, a possibilidade da criação judicial do direito é discussão inteiramente superada, o que se coloca em tela não é mais se o Julgador pode ou não criar o direito, mas como a decisão proferida pode ser legitimada sem suspeição de que a mesma tenha sofrido influência que a destoa da boa aplicação do Direito.

A partir da segunda metade do século passado, modelo positivista de Kelsen começa a ser questionado⁶, em parte pela sua utilização pelos Estado nazista, mas principalmente por não atender o novo modelo jurídico que se colocava, onde a Lei não esgota as possibilidades, não sendo, a Lei, o fim do Direito. Nesta nova ordem, a legitimidade daqueles que pronunciavam as normas, bem como o conceito de justiça afetam diretamente sua incidência.

A partir deste ponto, o conceito de justiça passou a sobrepor o simples conceito de validade, sendo o primeiro o principal ponto da discussão judicial:

“Este longo desvio na história das ideologias jurídicas posteriores ao Código de Napoleão nos conduz a uma conclusão, que hoje parece comumente aceita, mas que se perdeu de vista na concepção formalista e legalista do direito; o juiz não pode considerar-se satisfeito se pode motivar sua decisão de modo aceitável; deve

⁵ SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama, 2009. Pag. 41/42.

⁶ GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. Pag.53

também apreciar o valor desta decisão , e julgar se lhe parece justa ou, ao menos, sensata.”⁷

Neste cenário a jurisprudência tem um papel fundamental, pois em cada decisão estará explicitado o conceito de justiça:

“A jurisprudência realiza, portanto, a construção de um novo direito, pela utilização da analogia, dos costumes, da própria jurisprudência assentada, da doutrina e dos princípios gerais de direito, além de motivos e circunstâncias do caso concreto.”⁸

O próprio Kelsen aceitava que em certo ponto o juiz não utiliza apenas os critérios de validade e subsunção. Dentro das decisões possíveis perfaz um último e único ato político de escolha de opções para aplicar a norma ao caso concreto, é o último ato da pirâmide de validade e constitui momento subjetivo de subsunção e escolha do valor mais importante dentre as possibilidade de aplicação.⁹

No período pós-guerra, o que se percebeu foi que a subsunção lógica proposta pelo sistema positivista prescindia da utilização de critérios de valor e mais, que mesmo no silogismo clássico a discricionariedade judicial se apresentava através dos adágios¹⁰ era muito mais abrangente do que as teorias positivistas pregavam.

Sendo assim, a discussão não é se existe criação judicial do direito, mas como estabelecer critérios que permitam controlar de forma adequada e sem o risco de engessamento o que é decidido pelos Tribunais.

1.2. Lei, Jurisprudência, Segurança Jurídica e previsibilidade

Tem-se a Lei como uma das manifestações do Direito, quiça a mais importante. Sendo uma das formas de segurança jurídica, na medida que possibilita invocar a força do Estado para garantir a aplicação e exercício do Direito. Por tal

⁷ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pag. 96

⁸ SOUZA, Carlos Aurélio Moda de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996. pag. 144

⁹ KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pag. 390

¹⁰ AFTALIÓN, Enrique R., Vilanova, José. **Introducción a AL derecho**. Buenos Aires; Abeledo-Perrot apud GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito**. Recife: Bagaço, 2000. Pag.30

razão, gera previsibilidade genérica, abstrata e hipotética. A jurisprudência, por sua vez, é a efetivação dessa segurança genérica, tornado-a efetiva para o caso concreto e uma possibilidade mais concreta para os demais casos semelhantes.

Assim, “Enquanto a Segurança legislada é um dado, a Segurança jurisprudencial é um construído...”¹¹. É inegável que a lei confere, certa, generalidade e previsibilidade. Tornando-se condição de certeza no momento de sua aplicação. Dentro desta sistemática há, com o julgamento de várias demandas similares, a construção de um direito onde resta a possibilidade de efetivação da perspectiva conferida pela Lei, ou a sua inaplicabilidade.

Com o advento do pós-guerra, a Lei não é mais instrumento único, capaz de garantir as liberdades, e também não resolve isoladamente a questão das incertezas que a coletividade tem em relação à sua aplicação. Neste raciocínio, coube à jurisprudência o papel de fornecer tal segurança.

Tal fato não poderia ocorrer de forma diferente, a velocidade das mudanças nas relações sociais não são compatíveis com a velocidade do Poder Legislativo, nem este Poder é capaz de prever todas as hipóteses possíveis de ocorrer.

No atual modelo pós-positivista é mais do que reconhecida a possibilidade do Poder Judiciário superar regras em favor de normas principiológicas, que na maioria das vezes são pautadas em conceitos vagos e indeterminados. Com isso, observamos freqüentemente a superação da lei por normas de caráter genérico e conceitos indeterminados, sem demonstrar maiores preocupações com a sistemática, fazendo-se uso de modelos argumentativos assistemáticos e jurisprudências que não obedecem as relações normativas do *stare decisis*.

A questão não é uma disputa princípios versus normas, mas sim a má utilização de técnicas argumentativas e o desrespeito às decisões dos Órgãos superiores sem a observância das hipóteses de superação de precedentes.

¹¹ SOUZA, Carlos Aurélio Moda de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996. pag. 143-144

Neste quadro, o caminho que vem sendo seguido é a tentativa de controle através de vinculação de jurisprudência, tomando emprestado conceitos do *Common Law*, mas com observância das peculiaridades tupiniquins.

A opção por tal caminho não é nova, podem ser observadas desde os longínquos anos de 1990, onde já se previa as hipóteses: do relator de Recurso Especial ou Extraordinário julgar monocraticamente quando o acórdão recorrido contrariar a jurisprudência dominante; atribuição de efeitos vinculantes à julgados em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade; as súmulas impeditivas de recurso; a repercussão geral; o julgamento por amostragem dos Recursos Extraordinários e Especial; a súmula vinculante, dentre vários outros institutos

A consequência deste fenômeno de decadência do modelo positivista é a ampliação do poder do julgador, onde a decisão vai depender de conceitos subjetivos. Tal conceito não é apenas doutrinário, uma vez que o próprio art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro prevê que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, em flagrante caminhada na direção das escolas subjetivas de interpretação.¹²

Assim, é imperioso que os padrões da decisão sejam pautados por critérios que homenageiem o controle e a previsibilidade dos julgados.

1.3 O discurso de verdade, sua motivação e o conceito de justiça

*1.3.1 A verdade no mundo jurídico*¹³

No mundo jurídico temos uma supervalorização da forma, a palavra só tem valor se enunciada por quem de Direito. Uma petição de um advogado pode estar

¹² cf, MACEDO, Maury R. De. A lei e o arbítrio à luz da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Pag. 129/136.

¹³ O sentido dado a palavra “verdade” não deve ser confundido com o que lhe empresta outros ramos do saber, como a filosofia, a moral, a ética e a religião. O sentido dado a tal vocábulo, para efeito desta Dissertação, deverá ser compreendido como próximo ao sentido que é dado a palavra “certeza”, “existência real”, “efetiva” do Direito.

impregnada de Direito, mas se não houver a decisão do juiz deferindo, tal peça é inócua.

Da mesma forma, uma parte em um litígio judicial não pode se manifestar, via de regra, se não através de um advogado, por mais robustez que tenham seus argumentos, e por mais forte que seja a sua verdade, a parte não poderá litigar no processo na ausência de um causídico.¹⁴

No entanto, esta não é a regra para Foucault em “A ordem do discurso”, em verdade, tomando emprestadas as palavras de Montesquieu “Não se transforma a sociedade por decreto“. Não basta que uma ideia seja envolta por rituais para ser concebida como verdade.

Segundo o próprio Foucault¹⁵ “... a verdade se deslocou do ato ritualizado, eficaz e justo, de enunciação, para o próprio sentido: enunciado”. A verdade não é assim considerada pela simples ritualização, ser emitida por juiz ou professor, a verdade precisa ser confirmada por si mesma. A palavra precisa convencer o receptor de que é verdade.

Afirma Perelman:

“As decisões de justiça devem satisfazer três auditórios diferentes, de um lado as partes em litígio, a seguir, os profissionais do Direito e, por fim, a opinião pública”¹⁶

Neste sentido, não basta o professor emitir uma assertiva para que a sua palavra seja verdade, ele precisa convencer o aluno daquilo que afirma. O mesmo ocorre no processo judicial, o Juiz precisa convencer o advogado de que sua decisão foi acertada, caso contrário ele recorrerá. Mas nem sempre a sistemática é tão simples. Com a edição de normas este Sistema é bem mais complexo. Para Bourdieu:

“O verdadeiro legislador não é o redactor da lei mas sim o conjunto dos agentes que determinados pelos interesses e os

¹⁴ Sobre a obrigatoriedade da parte litigar em juízo apenas através de advogado, cf. art. 36 do CPC e art. 1 inciso I da Lei n 8906/94

¹⁵ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996. pag. 15

¹⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Pag. 229

constrangimentos específicos associados às suas posições em campos diferentes...¹⁷

Em outras palavras, para que uma lei tenha eficácia, ela precisa ser editada e aceita pelos diversos grupos.

O mesmo autor, ainda afirma:

”De facto, os produtores de leis, de regra e de regulamentos devem contar sempre com as reações e, por vezes, com as resistências, de toda a corporação jurídica e sobretudo, de todos os peritos judiciais (advogado, notários etc.) os quais (...) podem pôr a sua competência jurídica ao serviço dos interesses de algumas categorias da sua clientela e tecer as inúmeras estratégias graças as quais as famílias ou as empresas podem anular os efeitos da lei. A significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes”¹⁸

Segundo Bourdier esse conflito nada mais é do que a concorrência pelo monopólio de se dizer o que é verdade. Neste momento permitimo-nos discordar deste autor. Em verdade, conforme afirma Foucault, a verdade é considerada por si mesmo e não pelas aspectos formais em que é dita. No entanto, é flagrante que a luta para impor suas verdades é pelo reconhecimento.

Ainda que não baste a forma para a verdade se assim considerada, aquele que convence a todos das suas verdades, é ouvido com mais atenção. E a concorrência, na verdade, é esta. Pelo reconhecimento de que suas verdades são mais aceitas, para que assim possa convencer os demais com mais facilidade.

O próprio Bourdieu coloca um exemplo que se adéqua ao caso. Durante anos os sindicatos foram proibidos nos Estados Unidos, mas resistiram, convenceram os demais das suas verdades e hoje formam uma importante estrutura¹⁹.

Bourdieu ainda expõe que:

“O campo judicial é o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito directo entre partes directamente interessadas no debate juridicamente regulado entre

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. pag. 248

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. pag. 271

¹⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.. pag. 213

profissionais que actuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas no campo²⁰

Neste campo não se luta apenas pelos interesses dos litigantes representados, os advogados buscam o status de que são capazes de patrocinar as demandas mais complexas e de que suas teses são sempre aceitas pelo judiciário. Os magistrados, por sua vez, querem comprovar que suas decisões são sempre mantidas pelo juízo superior. Sendo esta a verdadeira batalha no campo jurídico, a batalha pelo reconhecimento da suposta verdade que deve emergir dos autos.

A decisão de um juiz determina uma verdade, baseada no silogismo da premissa maior, norma, aplicada à premissa menos (caso concreto), sendo a conclusão a verdade encontrada. Mas que pode ser modificada pelo juízo ad quem, embora sempre busque fundamentar sua decisão de modo a convencer o magistrado superior de sua verdade. Com o tempo, o julgador de primeira instancia poderá ser reconhecido por terem sido mantidas, suas decisões na instancia superior. Com isso suas decisões terão uma força maior de convencimento, pelo simples fato das mesmas terem sido emitidas por ele.

O mesmo ocorre com os causídicos quando o sucesso advém do reconhecimento de suas teses. Ganhando renome por seus feitos.

A verdade processual tem uma lógica própria, deve ser baseada nos fatos que constam nos autos, que nada mais são do que a tradução dos fatos reais para a realidade jurídica. Esses “factos jurídicos” para Bourdieu são:

“uma verdadeira retradução de todos os aspectos do <<caso>> é necessária para ponere causam, como diziam os Romanos, para construir o objecto de controvérsia enquanto causa²¹

Assim, muitas vezes a verdade dos autos não coincide com a realidade, o que causa estranheza e indignação daqueles que não são peritos.

²⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.. pag. 229

²¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. pag. 230

No entanto, a realidade dos autos pode ser interpretada de várias formas:

“Os juristas e juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibiologia das formulas jurídicas recorrendo quer à restrictio, processo necessário para se não aplicar uma lei que, entendida literalmente, o deveria ser, quer extensio, processo que permite que se aplique uma lei que, tomada à letra, não o deveria ser, quer ainda a todas as técnicas que, como analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambigüidades ou das suas lacunas”²²

Assim, temos que, em verdade, a luta no campo jurídico não é pura e simplesmente pelo reconhecimento, mas pelo poder de escolher a norma que será excluída e aquela que será aplicada no caso concreto.

1.3.2 O discurso de verdade e sua real motivação

Segundo Guastini:

“A atividade judicial, desse ponto de vista, é certamente uma atividade aplicativa de normas gerais a casos particulares, mas as normas às quais os juízes dão aplicação, longe de serem para eles pré-constituídas, são, ao contrário, normas que eles mesmo produzem, ou contribuem para produzir, mediante interpretação.”²³

Ou seja, o juiz dispõe de certa autonomia, ampliamos este conceito estendendo tal autonomia para os demais operadores do Direito, segundo o autor:

“o juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões directamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade jurídica”²⁴

²² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.. pag. 224

²³ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini – São Paulo : Quartier Latin, 2005. P.221

²⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. pag. 222

Dentre as opções de escolha que tem os operadores do Direito, o que o leva a aquele convencimento? O advogado fundamenta seu pedido naquilo que ele realmente acredita? Ou dentro de determinadas circunstâncias ele busca o argumento com mais apelo de convencimento do magistrado? Quanto ao magistrado, será que ele decide de determinada forma realmente pelas razões que ele expõe em sua decisão? Suas experiências, ideologias e amizades não influenciam na tomada de decisão?

Um juiz trabalhista que vem de uma família de trabalhadores e conhece os sacrifícios vividos pelo trabalhador, motiva suas decisões com as reais razões de seu convencimento? Por outro lado, um juiz proveniente de uma família de empresários que, por sua vez, conhece as dificuldades de se manter uma empresa, também expõe sua real motivação em sua decisão?

É óbvio que tais questões influenciam de forma determinante a decisão. O Prof. João Maurício Adeodato, demonstra criteriosamente que nos países subdesenvolvidos, entre os quais inclui o Brasil, se observa sistemas jurídicos alopoiéticos, de modo que a forma de legitimação legal-racional do poder jurídico-político funciona, mas para tanto depende da interferência de outros subsistemas sociais, com suas próprias estratégias de legitimação.²⁵

1.3.3 O discurso de verdade e o conceito de justiça

Segundo Pegoraro²⁶ a justiça, nada mais é, do que a virtude moral no plano coletivo.

Para Aristóteles, a alma tem duas virtudes: a sabedoria e a prudência. A virtude da prudência é aquela que rege as virtudes morais e éticas, disciplinando os instintos naturais.

A prudência, ou sabedoria prática, se materializa no justo meio-termo, que:

²⁵ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos**. Recife: Anuário do Mestrado em Direito, nº 05: 1992. Pag. 207/242

²⁶ PEGORARO, Olinto A. **Ética é justiça**. Petrópolis: Vozes, 1995

“consiste em fazer o que se deve, quando se deve, nas devidas circunstâncias, em relação às pessoas, às quais se deve, para o fim devido e como devido”²⁷.

O cerne da nossa questão reside neste ponto. O que é a prudência e conseqüentemente a justiça? Este conceito é universal e imutável?

Obviamente não, estes conceitos são variáveis a depender de região, credo, criação e história de cada individuo. Em verdade, aquilo que determinará a decisão, será a vontade do julgador.

O pós-racionalismo já entende a decisão não como mera aplicação da lei, mas, sobretudo, como um ato de vontade. O próprio Supremo Tribunal Federal, através do Min. Marco Aurélio, já se manifestou neste sentido:

“OFÍCIO JUDICANTE - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la.”²⁸

Tal decisão desperta ainda mais dúvidas a respeito da atuação dos magistrados: como eles definem o significado de justiça, um termo polêmico e com tantos significados? A visão do Juiz, sobretudo no aspecto de “buscar a decisão mais justa”, resulta na curiosidade de se questionar o modo como se constrói e motiva as decisões. Se a própria definição de justiça não é unívoca, parece razoável supor que a decisão judicial que procura o justo tem como alicerce legitimador sua motivação.

Ao decidir não pela fundamentação que explicita, mas pelo seu senso de justiça, o magistrado impõe, pura e simplesmente, sua vontade.

De inicio tal idéia parece assustadora, o que será o juiz? Um monarca totalitarista sem amarras, que julga da forma que bem entender?

De certa forma sim, no entanto, este próprio Sistema impõe, como já vimos, algumas amarras ao magistrado que restringe sua atuação. Em primeiro lugar o

²⁷ ARISTOTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

²⁸ AURÉLIO, Min. Marcos. **Recurso Extraordinário nº 111787/GO**, Publicado no DJ de 13/09/1991

juízo ad quem, quando houver, o juiz quer que suas decisões sejam mantidas, em busca do reconhecimento, conforme aduzimos anteriormente, e tal vontade obriga o juiz a decidir de acordo com o entendimento do colegiado superior, ficando assim minimizadas as influências relacionadas aos valores e ética pessoal.

Tal análise é a exata observância do ensinamento de Oliveira:

“Quem situa o conhecimento num processo mutuo de compreensão, mediado linguisticamente, vai tomar como elemento fundante não a postura de um sujeito manipulador do mundo e de si mesmo, enquanto objeto empírico, mas a intersubjetividade dos participantes de um evento, em que suas ações são coordenadas à medida que eles se compreendem mutuamente a respeito de algo no mundo²⁹”

Ao decidir de forma contrária aos autos tendo seu subjetivismo como único balizador, o juiz poderá ter sua decisão reformada, frustrado assim o seu intento em querer ver confirmada pelo órgão superior. Diferentemente se adota o modelo de decisão sedimentado pela instancia superior, ou do que é aceitável pela sociedade, em tal hipótese há repercussão e aí sim pode-se falar em decisão justa pela sua aceitação.

Ainda assim, mesmo com esse aparato que tenta balizar o julgado em determinado sentido, é inegável que este sofre influências alopoiéticas. Tudo interfere neste contexto: A família, formação acadêmica, ideologia política, relações interpessoais, dentre outros. Sendo um fenômeno inevitável, visto que o julgador não tem como se desvencilhar de todas estas influencias no momento de julgar.

²⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e racionalidade moderna**. São Paulo, 1993:Loyola. Pag.91

CAPÍTULO II PRESTAÇÃO JURISDICIONAL: O PRECEDENTE JUDICIAL E SUA DINAMICIDADE

Podemos entender que o precedente se constitui em uma decisão judicial anterior a outra, cujo o núcleo essencial, extraível por indução, serve como premissa para julgamentos de casos análogo posteriores.

Todo precedente, que nada mais é do que uma decisão judicial, a qual pode ser dividida em duas partes: Aquela que expõe as circunstâncias da lide, firmando os pontos controvertidos e uma segunda parte que é a tese adotada pelo julgador, que seria a *Ratio Decidendi*.

Destaque-se que a regra extraível do precedente não cristaliza as questões fáticas, mas sim as de direito confrontadas aos fatos que existiam no precedente. Sendo assim, podemos concluir que o precedente judicial pretende produzir uma norma com potencial para aplicação em uma infinidade de casos futuros. Em outras palavras, só faz sentido falar em precedente, quando houver possibilidade do fundamento determinante de um caso servir para solucionar os casos análogos.

O precedente judicial, a depender do sistema em que seja emanado, pode ser classificado como precedente vinculante e precedente persuasivo. Tradicionalmente, o primeiro estão relacionados com o *Common Law* e o segundo com o *Civil Law*. No entanto esta associação é ultrapassada, uma vez que a grande maioria dos países que adotam *Civil Law*, já usam precedente vinculantes para controle constitucional há muito tempo.

Já o *Common Law*, se caracteriza pela regra do precedente vinculante, sendo esta característica denominada *stare decisis*. Essa teoria impõe aos juizes o dever de seguir, nos casos sucessivos, os motivos determinantes, *Ratio Decidendi*, dos precedentes proferidos em situações semelhantes.

Em outras palavras, o *stare decisis* não determina que o julgador apenas examine os precedentes como fonte persuasiva relevante a considerar no momento da decisão:

“Estes precedentes, na verdade, são vinculantes, mesmo que exista apenas um único pronunciamento pertinente (*precedent in point*) de uma corte de hierarquia superior”³⁰

O *stare decisis* constitui um sistema de hierarquia funcional onde as decisões das autoridades superiores vinculam as instancias inferiores, a clara compreensão das relações hierárquicas entre as instancias é fundamental, a fim de que se saiba quais as decisões obrigatórias para cada instancia. Exemplificando, se porventura este sistema fosse adotado no Brasil, tal compreensão seria vital para saber que um precedente obrigatório de um Tribunal Regional Federal não poderia obrigar um Juiz de um Tribunal de Justiça.

2.1 *Ratio Decidendi e Obiter Dictum*

Temos o senso comum de que o *stare decisis* significa que os precedentes devem ser seguidos, no entanto, o seu real significado consiste em que a *Ratio Decidendi* desses precedentes que obrigam as instâncias inferiores.³¹

Assim, a correta identificação da *Ratio Decidendi* de uma decisão é de fundamental importância em um sistema que adota o precedente vinculante, uma vez que apenas a parte da decisão que se constitui em *Ratio Decidendi* é que tem o efeito vinculante.

A separação do que seja *Ratio Decidendi* e *obiter dictum* em uma decisão que terá efeito vinculante, é ainda mais importante, na medida em que tais institutos

³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 12-13.

³¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 125

não são indicados pelo julgador da decisão vinculante, mas sim pelos juízes dos casos posteriores³².

Mesmo depois de centenas de anos, a extração da *Ratio Decidendi* ainda é um dos pontos mais controvertidos na jurisprudência e na doutrina nos países do *Common Law*. Existindo várias teorias e técnicas para a obtenção de tal razão.

Tais discussões, que também refletirão na nossa doutrina e jurisprudência, na medida que importamos institutos daquele sistema.

Para o *Common Law* a *Ratio Decidendi* são os argumentos que solucionaram o caso, tudo aquilo que aí não se enquadre, é *obiter dictum*, não tendo força vinculante. Assim, questões preliminares não acolhidas não fazem parte da *Ratio Decidendi*, são *obiter dictum*.

No precedente inglês *The Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé*.³³ teve-se como pedido a anulação de ordem do Ministro da Saúde da Inglaterra. Os patronos do Ministro apresentaram dois argumentos em sua defesa: O primeiro argüindo a incompetência da corte julgadora para analisar a validade da ordem e, o segundo, aduzindo que a ordem era válida, pois o Ministro tinha autorização legal para emanar a norma. A Corte, por votação unânime, julgou contra o Ministro quanto à questão da competência; mas julgou improcedente a lide por entender que o Ministro estava autorizado para emitir a norma.

No Brasil, não haveria qualquer dificuldade em se considerar o motivo determinante para a resolução da questão preliminar como *Ratio Decidendi*.

Porém, no *Common Law*, a *Ratio Decidendi* se relaciona aos motivos que determinaram o julgamento. Neste raciocínio, tal questão não foi considerada como

³² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P 175.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de cpc** : a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes de decisão. Revista dos Tribunais – V.101 n.918 abr. 2012 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Ratio Decidendi, pois diante da decisão de rejeição da preliminar de incompetência, a Corte ainda teve que julgar a causa, de forma que tal questão não poderia ser considerada como necessária ou suficiente ao resultado do caso.

Tal preocupação se deve ao medo de que um único precedente possa gerar várias *Ratio Decidendi*, que definiria inúmeras regras que deveriam ser respeitadas, gerando um caos, vez que as normas seriam incontáveis e provavelmente conflitantes em várias situações.³⁴

No Brasil, a força do precedente não se relaciona, necessariamente, com a resolução da lide, assim, é normal atribuir força vinculante às decisões que são suficientes para a solução do processo, mesmo que não levem à ela.

No nosso sistema, entende-se que parte da decisão que seja suficiente dirimir a questão, mesmo que julgado de forma contrária dando prosseguimento à Ação, constitui-se em uma *Ratio Decidendi* e, portanto, pode vincular futuras decisões em casos análogos.

Assim, a importância de se identificar os motivos determinantes da decisão consiste, justamente, em encontrar as *Ratio Decidendi*'s, seja em preliminar ou no mérito, para que se tornem paradigma para os casos futuros, proporcionando um nível maior da tão almejadas Segurança Jurídica e previsibilidade das decisões.

Por sua vez a determinação do que venha a ser a *Obiter Dictum* de uma decisão é feita a partir da identificação da *Ratio Decidendi* da decisão, aquilo que não seja esta última é *Obiter Dictum* conseqüentemente não tem caráter obrigatório, caso o precedente seja vinculante.

Essas proposições não são necessárias ao resultado da questão, em regra são relativas às alegações que nenhuma das partes arguiu, à declaração sobre fatos hipotéticos, bem como às questões que não estão ligadas diretamente à decisão final.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Uma nova realidade diante do projeto de cpc : a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes de decisão**. Revista dos Tribunais – V.101 n.918 abr. 2012 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O caso clássico são aqueles onde o julgador, em sua decisão, reconhece o direito da parte, mas entende que o instrumento processual escolhido pelo patrono não foi o correto, ou ainda que o julgador é incompetente.

Neste contexto, resta óbvio que o conceito de *Obter Dictum* também irá diferir do Direito anglo-saxão para o brasileiro, na medida que aquelas questões que não põe fim à demanda, mas poderiam, caso fosse julgada de forma diversa, constituem mera *Obter Dictum* no *Common Law*, mas no nosso sistema caracterizam *Ratio Decidendi*.

Exemplo da utilização da *Ratio Decidendi*, é aquele insculpido no art. 285-A do CPC, que prevê a possibilidade do julgamento a Ação improcedente, dispensando a citação a citação. Desde que a matéria seja unicamente de Direito e que o juízo já tenha proferido sentença em casos idênticos. No entanto, a jurisprudência foi além da Lei, que coloca como requisito que decisões idênticas já tenham sido prolatadas no juízo. No entanto, o STJ determinou um novo critério, a consonância com o entendimento das instâncias superiores:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPROCEDE N CIA PRIMA FACIE . ART. 285-A DO CPC. ENTENDIMENTO DO JUÍZO SENTENCIANTE. DISSID N CIA RELATIVA ÀS INSTA NCIAS SUPERIORES. APLICAC ÃO DA NOVA TÉCNICA. DESCABIMENTO. EXEGESE TELEOLÓGICA.

1. A aplicac ão do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas insta ncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justic a e Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso especial não provido.³⁵

2.2 Os precedentes quanto à sua força.

No direito brasileiro, podemos classificar os precedentes, quanto à sua força, em três hipóteses: Obrigatórios, relativamente obrigatórios e persuasivos.³⁶

³⁵ SALOMÃO, Min. Luis Felipe. **Recurso Especial nº 1.109.398 – MS (2008/0283287-1)**, Publicado no DJ de 13/09/1991

³⁶ SESMA, Victoria Iturralde. **El Precedente en el common law**. Madrid: Civitas, S. A., 1995. P. 34

Os obrigatórios, ou vinculantes, são aqueles em que o julgador está formalmente obrigado a ele, independente de sua opinião pessoal. Exemplos destes precedentes são as súmulas vinculantes, as decisões em ADIN, ADC e ADPF, bem como as decisões do pleno do STF que cumprem os requisitos da súmula vinculante, tema que será tratado em momento oportuno. Cabe destacar que mesmo os precedentes obrigatórios, sempre estarão passíveis de revisão pelos institutos que serão abordados no próximo capítulo, uma vez que em todo o mundo repele-se a ideia de precedente absoluto, que não seja passível de revisão.

Os precedentes relativamente obrigatórios são aqueles que a lei confere força vinculante, mas permite a decisão divergente, se bem fundamentado. O exemplo clássico deste tipo de vinculação é a possibilidade dos Tribunais estaduais negarem seguimento à Recurso Especial nas causas repetitivas quando o STJ já tiver se pronunciado sobre a matéria, conforme autorização do § 7º do art. 543-C do CPC, resguardada a possibilidade do Tribunal manter sua divergência, conforme art § 8º do já citado artigo.

Por sua vez, os precedentes persuasivos serão todos aqueles que não se enquadram nas hipóteses anteriores. A autoridade persuasiva destes julgados decorre de vários fatores como: A autoridade que o emitiu, o prestígio do julgador que conduziu a decisão e principalmente sua fundamentação. Nada sintetiza melhor o precedente persuasivo como o velho bordão que conceitua a jurisprudência como sendo “mais que um conselho e menos que uma obrigação”.

2.3 Técnicas de superação de precedente e distinção entre o caso em análise e o precedente.

Como vimos, a vinculação aos precedentes ocorre horizontalmente, quando o próprio órgão se obriga aos seus precedentes e verticalmente, quando essas decisões obrigam os órgãos inferiores. Destacando que tais decisões não são absolutas, sempre sendo possível a sua revisão ou distinção. Ou seja, o órgão que deve seguir seus próprios precedentes, também pode rejeitá-los, quando os

mesmos se tornarem injustos ou inadequados em virtude da evolução da própria sociedade, da mudança de valores, ou ainda se entender que o precedente não se aplica ao caso.

Com isso constatamos que as instâncias inferiores, em regra, somente podem se afastar dos precedentes das Cortes que lhes são hierarquicamente superiores, distinguindo o caso em julgamento do precedente ao qual esta vinculado, fazendo-o através da técnica de *distinguishing*, onde deixa de aplicar o precedente do órgão superior por constatar a existência de diferenças tamanhas entre os fatos materiais do precedente e do caso em julgamento, que justifique a inaplicabilidade da sua *Ratio Decidendi*.

No tocante à superação do precedente, por entender que este se formou erroneamente ou que se tornou inadequado devido às mudanças sociais (*overruling*), este só podem ser efetivados pela Corte que julgou o caso paradigma, ou ainda por Corte Superior.

2.3.1 *Distinguishing*

Inicialmente cumpre esclarecer que essa técnica do *distinguishing* é utilizada em um sentido negativo, ou seja, para não aplicação de um precedente. Ela nada mais é do que a comparação do caso concreto e a *Ratio Decidendi* do precedente, todavia desse processo se verifica uma distinção entre aquele e o paradigma, não sendo seguido, conseqüentemente, o precedente.

Fredie Didier Jr. explica que o *distinguishing* pode ser utilizado em duas acepções:

- (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish-método*); (ii) e para o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish-resultado*)³⁷

Pode-se dizer, então, que o precedente, como qualquer outra norma, precisa ser interpretado.

³⁷ JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Editora jus podivm. 2009, v. 2, p. 393.

Marcelo Alves Dias de Souza faz uma importante ressalva quanto ao “poder de distinguir”:

O poder de distinguir é importante – não se nega – como meio de dar flexibilidade ao sistema e de fazer justiça no caso concreto. Entretanto, não pode ser levado ao extremo, sobretudo por assim ferir, com uma injustiça gritante, o princípio da isonomia. Sem falar no uso indiscriminado do poder de distinguir pode levar a se duvidar, de modo geral, da real vinculação aos precedentes obrigatórios e, conseqüentemente, levar à falência do sistema, o que com certeza, não é o desejado.³⁸

A técnica do *distinguishing* consiste no confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, que demonstram a inadequação da aplicação da *Ratio Decidendi* do precedente ao caso em julgamento, em virtude da diversidade fática entre os mesmos.

Cabe destacar que o precedente pode ser interpretado de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliado (*ampliative distinguishing*), ou melhor, não se exige uma submissão total aos precedentes, eis que os julgadores podem estender um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entenderem que assim estão promovendo justiça, assim como podem restringi-lo, caso sua aplicação possa ensejar um resultado indesejável.

2.3.2 *Overruling*

Não há maiores discussões ou dificuldade em admitir o *overruling*, quando uma órgão superior revoga a decisão de um inferior, em um no plano vertical, revogando precedente após constatação de que o mesmo se formou em equívoco ou que se tornou inadequado em virtude das mudanças sociais.

No plano horizontal, as decisões do mesmo órgão, também não são diferentes, uma vez que a impossibilidade de um órgão rever seu precedente criaria a figura do precedente absoluto, que, como já vimos, é rechaçada pela doutrina mundial.

³⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá. 2007, p. 145.

Os requisitos para a superação de um precedente são: a mudança social, de forma que aquela decisão se torne incongruente com as novas práticas sociais e o surgimento de decisões, dentro do próprio sistema, que estejam lastreadas em fundamentação contraditória com a decisão.

Tais requisitos ocorrem quando o precedente se torna controverso, ensejando críticas doutrinárias e até mesmo dos próprios órgãos julgadores, conforme será observado no próximo tópico.

Tal revogação, ao invés de trazer incertezas, é um dos pilares da segurança jurídica no *Common Law*, uma vez que o precedente não goza mais de congruência social e conformidade com o sistema, ao invés de ameaçar a estabilidade, promove tal valor. Nesse sentido:

A prevenção contra a surpresa injusta, vista como o valor reflexo (*mirror image value*) da proteção da confiança justificada, também não fundamenta a preservação do precedente quando se está diante das circunstâncias antes expostas. Quando o precedente deixa de ter congruência social, daí advindo distorções inconsistentes e críticas doutrinárias, o *overruling* fica muito longe de poder constituir uma surpresa injusta. Nestes casos, a manutenção do precedente incongruente e inconsistente estaria mais perto de uma surpresa injusta do que o seu oposto, já que os que desconheciam a perda de autoridade do precedente, de um lado, estariam apostando contra as proposições com suporte social, e, de outro, teriam negadas as suas expectativas razoáveis, baseadas na percepção do que é socialmente errado ou certo.³⁹

Sendo assim, quando determinado precedente já vem sendo alvo de técnicas como *signaling*, *transformation* ou *overriding*, temas que serão abordados no próximo tópico, não existe abalo da estabilidade. Tal medida atende às expectativas e é até esperada.

Na superação de uma norma acarretando em um julgamento contra *legem*, não é novidade no Brasil. Como foi visto, tal possibilidade foi lançada na escola da Livre Indagação, ou do Direito Livre⁴⁰, mas é adotada no Brasil através da escola histórico-evolutiva.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.398.

⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense 1994. Pag. 73

O art. 217-A estabelece como crime “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Por sua vez, desde 1996 o Judiciário relativizava o revogado crime de sedução de mulher virgem, menor de 18 anos. Recentemente a Quinta turma do STJ proferiu decisão relativizando o crime tipificado no art. 217-A, uma vez que as menores, no caso concreto, se prostituíam havia tempo.⁴¹

Sem entrar no mérito da questão, tal decisão demonstra um claro caso de *overruling*, onde, através da escola histórico-evolutiva se superou uma norma expressa.

No entanto, é importante asseverar que a revogação de um precedente, deve trazer uma forte fundamentação, onde reste comprovado, principalmente, o erro ou as alterações que levaram os julgadores à tal conclusão.

2.3.2.1 Anticipatory *overruling*

A melhor doutrina define *anticipatory overruling* como:

“atuação antecipatória das Cortes de Apelação estadunidenses em relação ao *overruling* dos precedentes da Suprema Corte. Trata-se, em outros termos, de fenômeno identificado como antecipação a provável revogação de precedente por parte da Suprema Corte”.⁴²

No entanto, o superação de um precedente, ainda mais por uma Corte inferior à aquela que emitiu a decisão paradigma, exige uma fundamentação especial, muito além daquelas razões ordinárias de fato e de direito que concluem na simples aplicação de um precedente.

Em uma decisão que deixa de seguir um precedente por *anticipatory overruling*, deve o julgador, além de justificar as razões que fundamentam o

⁴¹ ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez; COELHO, Alexs Gonçalves. O estupro de vulnerável e sua aplicabilidade e interpretação à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Análise do espírito do legislador (exposição de motivos do Código Penal) e da realidade social brasileira na atualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3219, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21594>>. Acesso em: 07/02/2013.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.398.

overruling demonstrando a alteração social e/ou incongruência com o sistema, deve ainda indicar as sinalizações do órgão que emitiu o precedente de que tal precedente será revogado.

Neste sentido, para Marinoni o julgador deve utilizar um dos seguintes fundamentos: i) o desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte; ii) tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado; iii) ter a Suprema Corte demonstrado que está à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling* ⁴³

2.3.3 As técnicas do *signaling*, *transformation* e *overriding*

Tais técnicas se enquadram entre o *distinguishing* e o *overruling* e:

“Por meio delas o tribunal não revoga o precedente, mas também não realiza um adequado *distinguishing*, que permita ver que a solução dada ao caso sob julgamento está em consoância com o resultado a que se chegou o precedente” ⁴⁴

O primeiro deles, *signaling*, é uma técnica pela qual a corte segue um precedente, ao mesmo tempo em que anuncia um alerta sobre o fato de que aquele precedente já não deverá mais ser seguido⁴⁵. Pelo uso da sinalização, a corte prepara o caminho para invalidar uma doutrina que, de outro modo, teria que ser preservada em razão de uma justificada confiança nela depositada. Muitas vezes, quando o precedente é invalidado, as cortes modulam os efeitos daquele novo entendimento para que retroagem até o momento em que houve o *signaling*, pois a partir daí, não se justificaria mais a confiança no precedente.

Por sua vez, na técnica do *transformation*, decide-se que o resultado a que se chega no julgamento é incompatível com a *Ratio Decidendi* do precedente.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.403.

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.335.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil v. 2**. 7º Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. P.415.

Compatibiliza-se a solução do caso em julgamento com o precedente transformado ou reconstruído, mediante a observância de fatos que foram considerados de passagem no precedente.⁴⁶

Embora se conclua pelo erro da tese do precedente, admite-se que se chegou a resultado correto, ou melhor, tendo uma ação sido julgada improcedente, admite-se que chegou a resultado correto, porém através de fundamento equivocado. Tal técnica diverge do *overruling* por este admitir o erro tanto nas razões quanto no resultado do precedente.

A utilização de tal técnica se justifica enquanto a Corte ainda supõe que é necessária maior discussão a respeito do tema jurídico. Se a questão está madura para ser definida, deve-se revogar o precedente, impondo-se o *overruling*.

A técnica do *overriding*, por sua vez, consiste na limitação ou restrição da incidência de um precedente, assemelhando-se a uma revogação parcial. No entanto, o *overriding* traz mais características do *distinguishing*, pois apesar de o resultado do caso em julgamento ser incompatível com o precedente, a restrição se dá por meio de distinções consistentes, que não estava envolvida no precedente.⁴⁷

2.4 A modulação dos efeitos temporais do precedente judicial

Antes de discorrer acerca da modulação dos efeitos temporais do precedente, é imperioso efetuar a diferenciação entre a norma jurídica e norma individual da decisão.

Ao proferir sua decisão, o julgador cria duas normas, a primeira jurídica que é fruto da interpretação e valoração dos fatos e normas envolvidas na lide. A segunda a individual, que é a aplicação da primeira ao caso em análise.

Sendo assim, o julgador emite uma primeira norma, a jurídica, que vai fundamentar a segunda decisão, que cria norma individual. Tal norma jurídica que

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P.334,347.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P,347.

integra a fundamentação da decisão integra a *Ratio Decidendi* do julgado, que poderá ser invocado em outros julgados.

Com isso distinguimos a norma jurídica, contida na fundamentação da decisão, da norma individual, presente no dispositivo do julgado, que baseado na norma jurídica regulará o caso concreto.⁴⁸

2.4.1 Classificação dos efeitos temporais

O senso comum é de que os efeitos temporais de um precedente podem ser classificados em *ex tunc*, ou retroativo, e *ex nunc*, ou prospectivo, no entanto a sua aplicação nos países do *Common Law* apresentaram problemas que tornaram imperiosas a existência de subdivisões dessa classificação.⁴⁹

O efeito retroativo admite as subdivisões pura e clássica. Na aplicação retroativa pura o Tribunal aplica a nova regra aos fatos ocorridos antes e depois do julgamento, atingindo, inclusive, as decisões com trânsito em julgado. Tal forma de aplicação encontra óbice à sua utilização no ordenamento pátrio imposto pelo inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal.

No entanto não podemos afastar totalmente sua aplicação no direito brasileiro. Uma vez que, como já reconhecido pelo STF, existem situações em que a coisa julgada deve ser relativizada. Como no caso clássico das ações de reconhecimento de paternidade anteriores à existência do teste de DNA:

“INVESTIGAC ÃO DE PATERNIDADE. DEMANDA ANTERIOR JULGADA IMPROCEDENTE. COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL. SUPERVENIE NCIA DE NOVO MEIO DE PROVA (DNA). PRETENDIDA “RELATIVIZAC ÃO” DA AUTORIDADE DA COISA JULGADA. PREVALE NCIA, NO CASO, DO DIREITO FUNDAMENTAL AO CONHECIMENTO DA PRÓPRIA ANCESTRALIDADE. A BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. ACOLHIMENTO DA POSTULAC ÃO RECURSAL DEDUZIDA PELA SUPOSTA FILHA. OBSERVA NCIA, NA ESPÉCIE, PELO

⁴⁸DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. 2 v. P. 287

⁴⁹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. P. 157

RELATOR, DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. RE CONHECIDO E PROVIDO.⁵⁰

Por sua vez, na aplicação retroativa clássica, o tribunal aplica a nova regra aos fatos ocorridos antes da sua criação, no entanto deve respeitar as decisões atingidas pela coisa julgada. Ou seja, a nova regra será aplicada aos casos futuros e à aqueles ainda em processamento.

A aplicação prospectiva, ou apenas para casos futuros, suporta três formas de subdivisão, são elas pura, clássica e a termo.

Na primeira, aplicação prospectiva pura, a nova regra regulará as condutas que ocorrerem após o seu surgimento, excluindo dos seus efeitos o caso em julgamento, ocorrendo o *Anticipatory Overruling*. Neste sentido a norma individual diverge daquela norma jurídica existente na decisão. Tal aplicação tem como objetivo maior a proteção da segurança jurídica, ao mesmo tempo que pode engessar as decisões, uma vez que acarreta em verdadeiro desestímulo ao recorrente, que poderá ganhar e não levar, pois não terá a nova regra aplicado ao seu caso.

Na aplicação prospectiva clássica, da mesma forma que a pura, sua aplicação ocorrerá apenas no tocante às relações que ocorrerem após a nova regra, no entanto a norma jurídica criada naquela decisão se aplica à sua norma individual. Nesta situação temos um novo problema, as ações já em curso não poderão ser atingidas pela nova norma, assim temos duas situações: Na primeira o tribunal nega a nova norma aos demais casos julgando apenas o *leading case*, desrespeitando a isonomia. Na segunda opção, permite que apenas o próprio tribunal siga aquela regra, obrigando que a parte o provoque para ter aquele provimento, fato que aumentaria consideravelmente o número de recursos, militando contrariamente aos propósitos do respeito aos precedentes.

Por fim temos a aplicação prospectiva a termo, onde a aplicação é idêntica à aplicação prospectiva pura, no entanto ele apenas criará efeitos a partir de uma data indicada pelo tribunal.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Recurso Extraordinário nº 649.154 - MG**

Caso bem interessante foi o julgamento do STF, em 07/05/2004, no RE no 197.917, onde declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei municipal que fixou em 11 (onze) o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela-SP, no entanto, no tocante à regra jurídica, aplicou efeito prospectivo a termo, uma vez que a decisão só criou efeitos para a legislatura seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, *INCIDENTER TANTUM*, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1o). **7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes.** 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o

sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.⁵¹

Como se observa na ementa colacionada, tal ao julgado, prestigiando o princípio da segurança jurídica e da do interesse público, reconheceu a inconstitucionalidade da prática, mas aduziu que o seu efeito retroativo, ou ainda imediato, acarretaria graves danos a todas as municipalidades, pois ensejaria a nulidade inúmeras leis municipais editadas pelas Câmaras, o que conseqüentemente repercutiria sobre todas as relações jurídicas, atos e fatos praticados com base nas mesmas.

No entanto, ainda assim, a norma jurídica criada incidiu naquela norma jurídica individual.

Em outras palavras, o STF criou uma nova forma de aplicação prospectiva a termo, mas com efeito *incidenter tantum*. Admitindo que a norma jurídica incida sobre a norma individual mas condicionando sua aplicação à outros casos à um termo futuro.

2.4.2 A modulação dos efeitos da decisão do STF e o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Em um sistema com precedente vinculantes, a modulação dos efeitos é questão de grande importância e que merece profunda reflexão. No entanto, começamos a trilhar neste caminho à pouco mais de uma década.

No presente estudo a proposta é a análise das decisões do STF, neste caso específico a análise da modulação dos efeitos é simplificada em razão do princípio da nulidade da lei inconstitucional. O mesmo não ocorre nas decisões referentes à matéria infraconstitucional, que enseja uma discursão bem mais ampla para sobre quais efeitos deve-se atribuir.

⁵¹ CORRÊA, Mauricio. **Recurso Extraordinário nº 197917** julgado em 06 jun. 2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368

O reconhecimento da inconstitucionalidade de norma, obviamente, tem o caráter declaratório, ou seja, a norma sempre foi inconstitucional, a decisão do STF apenas a declarou como tal.

Conseqüentemente, em regra, a aplicação da norma contida nas decisões do STF será retroativa clássica, ante o inciso XXXVI, do art. 5º da Constituição Federal, que elencou o respeito à coisa julgada como cláusula pétrea de nossa Constituição.

Ou seja, todos os efeitos provenientes da norma inconstitucional são nulos, salvo aqueles que estão protegidos pela coisa julgada.

Sendo esta a regra, permite exceções em razão da proteção à segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Permitindo que a decisão passa a ter efeito prospectivo ao invés de retroativo.

Tal faculdade está prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11, Lei nº 9.882/99. Ressalte-se que essa possibilidade é prevista legalmente apenas no âmbito do controle abstrato de normas.

No entanto, o próprio STF já decidiu, por analogia, que é possível, em casos excepcionais, alterar a data da produção dos efeitos da decisão que declara inconstitucional uma norma também no controle difuso. É o que se observa no já citado RE 197.917/SP:

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM SESSÃO PLENÁRIA, NA CONFORMIDADE DA ATA DO JULGAMENTO E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, POR MAIORIA DE VOTOS, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PARA, RESTABELECENDO, EM PARTE, A DECISAO DE PRIMEIRO GRAU, DECLARAR INCONSTITUCIONAL, *INCIDENTER TANTUM*, O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º DA LEI ORGÂNICA Nº 226, DE 31 DE MARÇO DE 1990, DO MUNICÍPIO DE MIRA ESTRELA/SP, E DETERMINAR À CÂMARA DE VEREADORES QUE, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, ADOTE AS MEDIDAS CABÍVEIS PARA ADEQUAR A SUA COMPOSIÇÃO AOS PARÂMETROS ORA FIXADOS, RESPEITADOS OS MANDATOS DOS ATUAIS VEREADORES.⁵²

⁵² CORRÊA, Mauricio. **Recurso Extraordinário nº 197917** julgado em 06 jun. 2002, DJ 07-05-2004 PP-00008 EMENT VOL-02150-03 PP-00368

Uma outra questão bem interessante que nos deparamos é com o questionamento acerca de uma norma anterior à Constituição de 1988.

Nas normas pré-constitucionais, deve-se avaliar se as mesmas foram recepcionadas pelo texto constitucional, sendo materialmente compatíveis com ele, ou não-recepcionadas, se incompatíveis materialmente, sendo desnecessária a análise quanto à sua forma.

Sendo assim, uma norma anterior à promulgação da Constituição tendo conteúdo contrário à mesma, não é recepcionada, ou seja, revogada no momento da promulgação da Constituição.

Com isso temos uma nova forma de modulação dos efeitos de uma decisão, sendo sua aplicação retroativa a termo, sendo o termo final de sua vigência a promulgação da Constituição.

Como visto, as técnicas de superação e distinção existentes no *Common Law*, em sua maioria, são utilizadas no *Civil Law*, para a superação de normas através de interpretação, com influência da escola histórico-evolutiva. Assim o argumento de que o *stare decisis* pode engessar os posicionamentos do judiciário são infundados, uma vez que já fazemos uso de muitos dos institutos de superação de precedente no *Civil Law*.

CAPÍTULO III SÚMULA VINCULANTE

O verbete súmula, significa o extrato de teses jurídicas consolidados em julgamentos reiterados e predominante no tribunal que as emitiu.

Nelson Nery Junior⁵³, define súmula como o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência dominante do tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos e numerados

Segundo Maria Helena Diniz, pode-se dizer que a súmula vinculante é "aquela que, emitida por Tribunais Superiores, após reiteradas decisões uniformes sobre um mesmo assunto, torna obrigatório seu cumprimento pelos demais órgãos do Poder Judiciário."⁵⁴

Pode-se observar, portanto, que essa vinculação implica numa obrigatoriedade dos juízes de instâncias inferiores em relação ao entendimento dos tribunais superiores, ou seja. Na prática a súmula passa a ter mais força do que a própria Lei, uma vez que o tribunal já demonstrou como vai se pronunciar no caso concreto.

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu o art. 103-A da Constituição Federal.

Tal introdução foi uma resposta à sociedade que passava por um momento de descrença na efetividade das medidas do Poder Judiciário, principalmente em virtude do difícil e caro acesso ao judiciário e principalmente pela demora na prestação jurisdicional.

Sendo assim, a súmula vinculante no Brasil nasceu com o objetivo de garantir maior celeridade nos julgamentos e garantir a efetividade na aplicação das leis e de forma indireta criar um instrumento de uniformização e obrigatoriedade da jurisprudência do STF.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**, . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000,p. 86.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1998, p.464.

O dispositivo introduzido na Constituição foi regulamentado pela Lei nº11.417/06, que passou a disciplinar a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF.

No Brasil foi prevista que a edição de súmulas vinculantes é competência exclusiva do STF e apenas à esta instituição cabe a reforma ou cancelamento de uma súmula vinculante. Com isso o STF vincula os julgamentos de todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

Por ser competência exclusiva do STF, naturalmente, a súmula só poderá versar sobre matéria constitucional, uma vez que a competência exclusiva daquele Tribunal.

O artigo 102, §2º da Constituição Federal estabelece que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.⁵⁵

A Emenda Constitucional 45/2004 alterou a redação do §2º do Art. 102 da Constituição Federal acima transcrito.

Com tal modificação, o legislador teve como escopo conferir eficácia contra todos e efeito vinculante as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, vez que a Carta Magna só conferia tal efeito em relação à ação declaratória de constitucionalidade.

Ademais, o legislador, em conformidade à amplitude da eficácia das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal estende os efeitos vinculantes dessas modalidades de controle abstrato de constitucionalidade para os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

⁵⁵ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006, p. 1517.

Desta forma, impende destacar que o efeito vinculante está relacionado a todos os juízos e tribunais, ou seja, a todos os órgãos do Poder Judiciário e administração pública direta e indireta, nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

Fredie Didier explica que:

O efeito vinculante se opera de imediato, a partir da publicação do enunciado em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o que deve ser feito dentro do prazo de 10 dias após a sessão em que foi ele aprovado (art. 2º, § 4º, Lei Federal n. 11.417/2006). Mas é possível que o STF, por decisão de 2/3 dos seus membros, restrinja o efeito vinculante ou decida que só terá eficácia a partir de um momento posterior, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (art. 4º, Lei n. 11.417/2006). Como se vê, é possível que o STF module os efeitos do enunciado sumular, postergando sua eficácia vinculativa para o futuro.⁵⁶

Tal efeito não alcança somente o sentido da súmula, ou seja, seu teor interpretativo-descritivo e imperativo, mas também os fundamentos invocados para a sua aprovação.

É o que explica Alexandre de Moraes quando afirma que:

A importante questão discutida no Direito comparado, sobre a amplitude dos efeitos vinculantes, ou seja, se abrangeriam somente dispositivo da decisão ou também *Ratio Decidendi*, caso em que os fundamentos jurídicos invocados e a interpretação das normas constitucionais dadas pelo Tribunal vinculariam todas as demais autoridades legislativas, executivas e judiciais, foi tratada legislativamente no Brasil, pois o parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 concede efeitos vinculantes também aos fundamentos da decisão do STF, ao determinar que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública federal, estadual e municipal⁵⁷.

⁵⁶ JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. Salvador: Editora jus podivm. 2009, v. 2, p. 392.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006, p. 2487.

Importante ventilar a questão da autovinculação do Supremo Tribunal Federal ao estabelecido nas súmulas vinculantes.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal Federal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida cum grano salis. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir.⁵⁸

Quanto ao chamado efeito erga omnes, Torrieri Guimarães trás em seu Dicionário Técnico Jurídico que este efeito “refere-se a lei, direito ou decisão que é oponível a todos, que tem efeito contra todos ou a todos obriga.”⁵⁹

Antes de iniciar a análise propriamente dita do conteúdo do artigo 103-A60 da Constituição Federal convém consignar algum comentário quanto à forma pela qual se implantou a súmula vinculante no Brasil. Isto porque para fazê-lo, por se tratar de uma ampliação dos poderes reservados ao Judiciário, mais precisamente ao STF, não se poderia valer de outra forma que não a emenda constitucional, pois não se trata de matéria processual, a qual daria ensejo a uma lei infraconstitucional.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 967.

⁵⁹ GUIMARAES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel. 1995, p. 297.

⁶⁰ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 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.

Neste palmilhar, Rodolfo Camargo Mancuso assevera que:

É dizer: dado que o pacto fundamental estabeleceu a norma legislada como o padrão de conduta obrigatório, geral, abstrato e impessoal, é razoável inferir que, por uma razão de paridade de forma, o poder constituinte derivado é que pode alterar esse registro político-jurídico⁶¹.

Trata-se na verdade, de inovação ao modelo jurídico-político adotado pelo Brasil, de modo que, as regras de conduta a serem seguidas pela sociedade não estarão mais pautadas apenas em normas legais, mas também será regrada pela observância de preceitos sumulares.

Com a finalidade de regulamentar esta previsão constitucional, foi editada a Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006, a qual cuida, de acordo com o seu artigo 1º, da edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo.

Muito embora, a proposta originária da criação da súmula vinculante estendesse também ao Superior Tribunal de Justiça e aos demais Tribunais Superiores a competência para aprovar, revisar ou cancelar os enunciados vinculantes, restringiu-se ao STF a competência originária e exclusiva para tanto.

3.1 Dos legitimados a propor a edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante

De acordo com o artigo 103-A da Carta Magna, a súmula além de decorrer de ato de ofício do Supremo Tribunal Federal, também pode decorrer de provocação daqueles que são legitimados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, elencados no artigo 103 da Constituição Federal: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 329.

dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Todavia, a Lei nº 11.417/2006 acrescenta no seu art. 3º mais alguns legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, quais sejam: o Defensor Público-Geral da União e 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.

Quanto ao parágrafo segundo do artigo supra combinado com o art. 2º, §1º da Lei 11.417/2006, faz-se necessário tecer um breve comentário a respeito dos limites interpretativos que erguem a base desses dispositivos, pois os mesmos estabelecem que em relação à aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, a lei não pode, por exemplo, facilitar a aprovação da súmula e, ao mesmo tempo, dificultar o processo de revisão ou cancelamento.

Assim, a previsão de *quorum* tanto para edição, revisão e cancelamento de súmula com efeito vinculante é de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal (8 votos), conforme art. 2º, §3º da Lei nº 11.417/2006.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressalta que:

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 essa necessidade, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula não decorre 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.⁶²

Desta forma, não nos parece acertado o argumento utilizado pelos que não defendem a utilização da súmula vinculante ao dizerem que este instituto impede mudanças que decorrem dos litígios judiciais.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 967.

Como já dito acima, há previsão constitucional expressa para o procedimento de revisão ou cancelamento da súmula. Acrescente-se que a revisão da súmula é mecanismo mais eficaz para superação de determinado entendimento do que os diversos recursos que afogam o poder judiciário e que contribuem para a morosidade da justiça brasileira.

Quanto ao parágrafo primeiro do artigo em questão combinado com o art. 2º, §1º da Lei nº 11.417/2006, sabe-se que a súmula com efeito vinculante terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia atual, entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, desde que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre matéria idêntica.

Desta forma, é fundamental pincelar sobre os temas validade, interpretação e eficácia para uma melhor compreensão do teor do dispositivo ora analisado.

Sobre o juízo de validade impende explicar que é aquele pelo qual se declara, se determinada norma ou lei está em consonância com as determinações da Carta Magna.

Assim, para que uma súmula adquira efeito vinculante é preciso passar por uma espécie de discussão quanto à validade do texto jurídico, isto quer dizer que o Supremo Tribunal Federal deverá analisar os juízos positivos e negativos dos diversos tribunais a respeito da validade de determinado dispositivo, ou seja, para que haja a edição de uma súmula com a finalidade de dirimir alguma problemática sobre a validade de uma lei ou dispositivo de lei é preciso que alguns tribunais comecem a declarar determinada norma inválida ou inconstitucional e outros não.

Em seguida, o Supremo Tribunal Federal analisará a controvérsia e, caso seja relevante, dirá de que forma se posiciona.

Quanto à interpretação que o dispositivo em análise se refere, pode-se dizer que é aquele que, já superada a discussão em torno da validade, desconsidera outras possibilidades hermenêuticas, ou seja, interpretativas, sobre determinada matéria constitucional.

Assim, no caso de concessão do efeito vinculante é fundamental entender que, embora haja a ocorrência de interpretações diversas sobre determinados

dispositivos infraconstitucionais e constitucionais, o Supremo Tribunal Federal adotará apenas uma possibilidade de aplicação do direito sobre determinada matéria.

Uma das possibilidades para a validade do texto normativo é a chamada eficácia, ou seja, a validade da norma pressupõe a possibilidade de produzir eficácia.

Como se percebe os conceitos de validade e eficácia são diferentes, porém podem estar interligados.

Validade do Direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas. A validade é uma qualidade do Direito; a chamada eficácia é uma qualidade da conduta efetiva dos homens e não, como o uso lingüístico parece sugerir, do Direito em si. A afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma às normas jurídicas. Assim, validade e eficácia referem-se a fenômenos inteiramente diferentes.⁶³

Desta forma, nota-se que a eficácia tem relação direta com a aplicabilidade pelo qual a norma deve ter possibilidade de produzir efeitos jurídicos.

Em suma, explica Marcelo Lamy em artigo elucidativo sobre os elementos validade, interpretação e eficácia de normas determinadas que:

3.2 Requisitos para edição de súmula vinculante

Um dos objetivos da súmula de efeito vinculante é o de proporcionar segurança jurídica, bem como assegurar o princípio da igualdade e celeridade processual, é nesse contexto que a EC nº 45/ 2004 estabeleceu que o Supremo Tribunal Federal pode editar súmula, seja por provocação ou de ofício, quando dois terços de seus membros aprovar.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 55.

Todavia, nos termos da legislação, é preciso que essas súmulas sejam de matéria constitucional, bem como tenham sido alvo de reiteradas decisões. Exigia-se, portanto, que a matéria a ser versada na súmula tivesse sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de alcançar a maturação da questão controvertida.

Ao contrário do que acontece no processo objetivo, o instituto da súmula vinculante deriva de decisões tomadas, inicialmente, em casos concretos, no modelo incidental. Desta forma, a súmula vinculante só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Como bem explicou o Ministro Gilmar Mendes Ferreira em edição antiga de sua obra: “veda-se a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada.”⁶⁴

No entanto, mitigando tal requisito, foi editada a súmula vinculante nº 11 do STF, com o seguinte teor:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”⁶⁵

Tal súmula foi base unicamente no julgamento do Habeas Corpus nº 89.429-1/RO. Até então a corte ainda não havia se deparado com tal questão, ainda assim editaram a referida súmula.

Tal súmula demonstra o caráter eminentemente legislador de sua edição, o que fica ainda mais evidenciado se observarmos o debate que levou à sua aprovação, que se inicia com as palavras do Ministro Marco Aurélio:

“Encaminhei a Vossa Excelência um simples esboço de verbete vinculante para constar da súmula da jurisprudência predominante do

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 967

⁶⁵ STF, Súmula vinculante nº 11, Sessão plenária de 13/08/2008.

Supremo. Evidentemente, esse esboço há de contar com a colaboração dos Colegas no sentido de aperfeiçoá-lo, de tornar realmente extremo de dúvidas que a utilização de algemas é exceção. A regra é ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral.”⁶⁶

Observa-se que o Ministro faz proposta sem apresentar sem nenhuma justificativa ou referencia à *ratio decidendi* do caso julgado.

O que se observa a partir daí, é um debate em atividade tipicamente legislativa, onde cada um faz sugestões na redação do verbete sem nenhum compromisso com o caso que originou a súmula vinculante debatida, é o que se observa:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - “Só é lícito o uso de algemas em caso de fundado receio de fuga...”. Não basta o mero receio, pois qualquer um pode ter -lo; é preciso que haja algum fundamento para tanto, como, por exemplo, na detenção de um velho que não consegue andar, pode haver até o receio de fuga, mas ele não é fundado. Ou de perigo à integridade física própria, isto é, do próprio custodiado, ou alheia, por parte do custodiado.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Ministro Cezar Peluso, isso já incluiria os casos de resistência? O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim. A resistência significa risco à integridade física dos agentes e do próprio custodiado.

(...)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo também que a proposta do Ministro Cezar Peluso tem o mérito de obrigar que juiz, que determine o uso das algemas em qualquer dos presos, fundamente a sua decisão, fora do flagrante, portanto, para assegurar a ordem de uma audiência, ainda que processada perante o Tribunal do Júri.

E, para concluir, Ministro Cezar Peluso, eu sugiro, apenas, que devemos substituir “custodiado” por “preso”, porque a Constituição

⁶⁶ STF DJe nº214/2008 pag. 15. Publicado em 12 de novembro de 2008.

menciona preso em diversas passagens, não usa “custodiado”, “preso”, só isso.⁶⁷

Tal tema vem gerando tanta discussão que levou o Deputado Federal Nazareno Fontes do Partidos dos Trabalhadores do Piauí, à apresentar a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011 em 25/05/2011. Tal proposta foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 24/04/2013, e prevê, dentre outros tópicos que serão abordados oportunamente, o aumento do *quorum* para aprovação súmula de dois terços para quatro quintos dos membros do STF, bem como a possibilidade do Congresso Nacional efetuar controle sobre a edição de tais súmulas. Como dito, o tema será melhor abordado em tópico pertinente.

Quanto ao efeito vinculante, este se dará depois da publicação na imprensa oficial 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.

Acrescenta ainda que: “em regra, elas são formuladas a partir de questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização”.⁶⁸

Insta ressaltar que quanto aos requisitos controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica trazem no seu bojo os princípios da segurança jurídica, igualdade e celeridade.

3.3 Da Reclamação

Caso haja o descumprimento das súmulas vinculantes, o art. 7º da Lei nº 11.417/2006 estabelece que:

⁶⁷ STF DJe nº214/2008 pag. 15/16. Publicado em 12 de novembro de 2008.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 967

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.⁶⁹

Restou claro, portanto, que quando as decisões dos juízes ou tribunais contrariarem tais súmulas, as mesmas serão passíveis de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal que, caso julgue procedente a ação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial.

Sobre a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula, acrescenta o Ministro Gilmar Mendes que:

Essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra os atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que também essa reclamação limitava às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos. De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo.⁷⁰

Impende ressaltar que o legislador preocupou-se em tornar a súmula um instrumento eficaz, proporcionando a devida segurança jurídica à sociedade, vez que determina que os casos que, de fato, merecerem vinculação através das súmulas, não poderão ser desvirtuados pelo exegeta ou administrador, porém caso isso aconteça o legislador assegurou uma providência administrativa a que o texto constitucional atribuiu de Reclamação.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 969

Tal Reclamação será diretamente dirigida à Corte Máxima, que irá apreciá-la, cassando a decisão judicial ou ato administrativo se for o caso.

A expectativa é que, de fato, os juízes, os órgãos da administração pública e os advogados respeitem as súmulas de efeitos vinculantes, vez que estes são os principais responsáveis pela maioria das demandas dirigidas aos Tribunais Superiores, haja vista a absurda predileção por “recorrer por tudo”, com a finalidade de procrastinar o feito.

Assim, espera-se que depois de ajuizada tal Reclamação, a mesma seja apreciada pelo Supremo Tribunal Federal com a maior celeridade possível, evitando-se a excessiva morosidade do julgamento dessas reclamações, de modo a influir até mesmo na eficácia do instituto da súmula vinculante.

Desta forma, o bom uso do instituto da reclamação, sem o intuito de procrastinar o feito ou tumultuá-lo, irá proporcionar a melhor aplicabilidade e efetividade da súmula vinculante.

3.4 Operacionalização da súmula vinculante

O princípio da máxima efetividade está vinculado diretamente ao princípio da força normativa da Constituição. Este consiste, basicamente, na tarefa que os aplicadores do direito tem de buscar solucionar os problemas jurídicos constitucionais, procurando dar prioridade a questões que possam dar maior eficácia a norma jurídica.

Este princípio é considerado, também, um princípio informativo do processo, conhecido como direito fundamental à tutela ou máxima da maior coincidência possível, é consubstanciado no fato de que o devido processo legal é um processo efetivo, que realiza o direito material.

Já o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade, segundo o Ministro Gilmar Mendes:

Orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus

preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.⁷¹

Assim, pode-se dizer que o princípio da máxima efetividade se refere aos direitos fundamentais, podendo ser chamado também de princípio instrumental, sendo extraído do art. 5º, §1º da Carta Magna.

Cândido Dinamarco leciona sobre um ponto fundamental da efetividade, afirmando que:

A efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.⁷²

Por sua vez, eficácia jurídica é a aptidão da norma para ser aplicada aos casos concretos (eficácia positiva) ou para invalidar normas que são contrárias (efetividade negativa).

Pode-se dizer, em apertada síntese, que a eficácia se relaciona as possibilidades concretas que a norma jurídica presta para produzir efeitos no mundo dos fatos, com o escopo principal de resguarda a constitucionalidade do ordenamento jurídico como um todo.

A doutrina tradicional diz que a eficácia está intimamente relacionada a própria questão da aplicabilidade da norma, ou seja, a exigibilidade ou a execução da norma.

José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais como de eficácia plena, contida ou limitada. Leciona o mestre que as normas de eficácia plena são aquelas que “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses,

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 118

⁷² DINAMARCO, Candido. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1999, p. 271

comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”.⁷³

As normas de eficácia contida são aquelas que o legislador constituinte tratou de forma suficiente sobre determinada matéria, todavia deu margem ao poder público de restringir essa matéria.

As de eficácia limitada, por sua vez, têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, haja vista só poderem incidir diretamente sobre interesses no caso de regulamentação posterior relativa a sua aplicabilidade.

Já a efetividade das normas é concretizada quando esta norma cumpre a função social para a qual foi criada, ou seja, consegue alcançar o resultado final. A norma efetiva também é conhecida como eficácia social.

A efetividade de uma norma jurídica fica caracterizada quando os seus fins são atingidos, ou ainda, quando a norma consegue no mundo dos fatos realizar a finalidade para qual foi editada. Alguns autores, como Luis Alberto Barroso, entendem que a efetividade “simboliza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.⁷⁴

Ressalte-se que não é tarefa fácil se verificar a efetividade de uma norma jurídica, pois o projeto interpretado na norma entra em relação estreita com as realidades sociais que serão responsáveis pelo êxito que poderá ser alcançado.

Antes de falar sobre a vigência da norma, é preciso entender o que é uma norma existente no plano da existência jurídica: é a norma feita por uma autoridade aparentemente competente para tal. A existência da norma no plano jurídico é a própria vigência. É por isso que a vigência não se confunde com a eficácia.

Pode-se dizer que a vigência é o poder que a norma tem de cumprir sua finalidade através da regulamentação de condutas, gerando, inclusive efeitos. Pode acontecer também de uma norma válida não possuir vigência: é o caso do interregno previsto no art. 1º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, de 45 (quarenta e cinco) dias no território nacional.

⁷³ SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982, p. 90

⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 85

3.5 Ativismo judicial e súmula vinculante

Inicialmente, cumpre esclarecer a idéia de ativismo judicial, defende:

“uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”⁷⁵

Tendo, o judiciário, o dever de evoluir o texto constitucional, ou seja, é preciso adaptar o texto constitucional aos valores sociais.

O ativismo judicial seria, então, a postura mais ativa do judiciário na implementação de direitos.

No Brasil, verifica-se a adoção desse ativismo por parte do judiciário, principalmente em face de omissões legislativas, tendo o judiciário que assumir uma posição legislativa ativa.

O ativismo judicial está diretamente ligado à opinião pública. Quanto mais próxima está a opinião pública, mais fortificado está o poder judiciário. Por esse motivo, é importante analisar os poderes do estado em relação as suas decisões, devendo o ativismo e a contenção serem vistos de forma relativa.

É nesse contexto, marcado pelo ativismo judicial, que a súmula vinculante tem um papel fundamental, pois através dela, pode-se atingir com maior efetividade o direito tutelado, tornando possível a concretização deste, no intuito de sair do mundo inteligível das normas para o mundo real dos fatos, conferindo aplicabilidade e atingindo seus fins.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: Atualidades Jurídicas. Ed. 4, janeiro/fevereiro de 2009. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 07/02/2013.

Não resta dúvidas que para se alcançar a efetividade é fundamental se ter celeridade, traduzindo esta celeridade o topo dos motivos para os que defendem a súmula vinculante como instituto apropriado para combater a crise do judiciário, decorrente da quantidade de processos que passou a congestionar a justiça brasileira.

Perfilha desse entendimento também o Ministro Gilmar Mendes Ferreira:

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação.⁷⁶

Acrescente-se, ainda que, atrelada a ideia de efetividade podemos falar nos princípios da igualdade e da segurança jurídica, ou seja, com a súmula vinculante é possível uma uniformização das decisões, onde causas idênticas receberão a mesma prestação jurisdicional, evitando-se a chamada “loteria jurídica”, onde em situações iguais, têm-se decisões divergentes, acarretando uma incerteza social e a conseqüente provocação do Poder Judiciário para o ingresso de milhões de ações iguais.

Sob esse ângulo, manifesta-se Teresa Arruda Alvim Wambier:

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 momento histórico.⁷⁷

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 970

⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A função da súmula vinculante do STF em face da teoria geral do direito**, RePro, n.40.

Em suma, para que a norma atinja o fim para que foi criada é necessária a conjugação de diversos fatores, dentre eles a celeridade, a segurança jurídica e a isonomia. Indubitavelmente, a súmula vinculante, se bem utilizada, é um instituto que traduz a efetividade do direito.

3.6 Projeto de Emenda Constitucional nº 33/2011.

Em 24/04/2013 a Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, decidindo pela constitucionalidade do referido Projeto. Que propõe a alteração dos artigos 97, 102 e 103-A da Constituição Federal, nos seguintes termos:

O art. 97 da Constituição Federal passaria a vigorar com o seguinte teor:

"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ...(NR)".⁷⁸

Tal dispositivo não apresenta maiores dificuldades para a sua interpretação, nem qualquer afronta ao texto constitucional, uma vez que apenas altera o *quorum* qualificado no controle de constitucionalidade difuso. Alteração que, de certa forma, traria mais legitimidade à decisão, dada a gravidade do fato de declarar um norma inconstitucional e retira-lá do ordenamento jurídico.

A segunda proposta, altera o art. 103-A nos seguintes termos:

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁷⁸

§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2º 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.

§ 3º 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.

§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita.

§6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional 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.(NR)”

A proposta aqui, além de aumentar o *quorum* para a aprovação de súmula vinculante, prevê o seu controle negativo⁷⁹. Tal previsão também não afronta à Constituição, visto que tal forma de controle se alinha com o controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que permite que os atos de um Poder sofra controle de outro. Tal previsão estaria em coadunância com a Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, sendo mais um elemento de reforço no sistema de freios e contrapesos adotado pela doutrina da Divisão dos Poderes.

⁷⁹ Admite-se tal controle como negativo, uma vez que a inércia do Congresso acarretará na aprovação tácita da súmula vinculante.

O referido projeto seria constitucional, e de grande valia, se ai parasse. No entanto, em tal proposta o Constituinte Derivado iria além, alterando o art. 102 da Constituição, que passaria a vigorar acrescido de novo texto.

Antes de analisar o texto da proposta, cabe fazer algumas considerações acerca da justificativa da proposta⁸⁰. A análise do referido documento mostra uma crítica severa ao ativismo judicial e que esta conduta do Judiciário tem usurpado o papel do legislador.

Inicialmente, há que se esclarecer que o ativismo judicial é um instituto inerente ao ordenamento brasileiro, tendo seu fundamento na própria Constituição. O inciso XXXV do art. 5º da Constituição garante o acesso à Justiça, ao mesmo tempo, de certa forma regulamentando tal dispositivo, o art. 126 do Código de Processo Civil proíbe o juiz de se eximir de julgar alegando lacuna ou obscuridade da lei. Determine que o julgador busque a solução da demanda aplicando a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu art. 5º, ainda estabelece que *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”*.

A proposta em questão, para justificar as alterações parte de algumas premissas equivocadas que contaminam todo o silogismo utilizado na justificativa. Aduz o autor da proposta:

“É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.”

Em última análise, a Constituição Federal foi promulgada pelo povo, através de seus representante reunidos em Assembléia Nacional Constituinte. No entanto, o próprio povo, escolheu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, por delegação expressa, nos termos do art. 102 da Constituição.

80

Outra premissa falsa é a de que a sistemática que seria adotada se aproxima do veto presidencial.

“A sistemática proposta, como se pode notar, assemelha-se à apreciação de vetos do chefe do Poder Executivo a dispositivos de lei aprovadas pelo Legislativo, motivados por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público. O Congresso Nacional pode, por maioria absoluta, em sessão conjunta, rejeitar o veto presidencial e ratificar seu entendimento quando da aprovação da proposta. No caso do veto, não ocorre, contudo, a aprovação tácita por decurso do prazo.”

Ocorre que o autor da proposta omite que no caso do veto presidencial, mesmo que o Congresso o rejeite, a norma ainda poderá sofrer o controle do Poder Judiciário. Sem entrar no mérito da questão, foi justamente o que aconteceu com a lei nº 12.734/12, Lei dos Royalties, aprovada pelo Congresso teve o veto presidencial, o qual foi derrubado pelo próprio Congresso. Em seguida sofreu o controle de constitucionalidade concentrado, sendo suspensa por liminar proferida em 18/03/2013 pela Ministra Cármen Lúcia nos autos da Medida Cautelar na Ação Direita de inconstitucionalidade nº4.917/DF.

Na verdade, a proposta faz justamente o oposto, permitindo que apenas um dos Poderes promulgue a Emenda e faça a última análise de Constitucionalidade.

Partindo da falsa premissa que *“deve caber ao povo dizer o que é a Constituição”*, o projeto pretende adicionar ao art. 102 da Constituição os seguintes verbetes:

“Art. 102. ...

...

§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do

Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

....(NR)”

O controle concentrado de constitucionalidade já é um dos instrumentos do sistema de freios e contrapesos, através do qual o Poder Judiciário controla os atos do Poder Legislativo. Admitir tal proposta é determinar que o controlador (Judiciário) faça o controle de constitucionalidade, através de ADIN e ADC, e que este ato sofra controle do controlado (Legislativo).

Determinar que o Congresso, e em seguida a população, façam controle de Constitucionalidade é medida temerária e demagógica. Primeiramente por ter o controle de constitucionalidade caráter eminentemente técnico. Determinar que o Congresso e em seguida a população façam controle de Constitucionalidade é medida temerária. Primeiramente por o controle de constitucionalidade ter caráter eminentemente técnico. Em seguida por se basear no engodo de que ao povo cabe interpretar a Constituição, quando se sabe que para tal mister exige-se embasamento teórico e prática de quem pretende discutir a matéria.

Em uma primeira análise, este último argumento seria elitista e que a atribuição deste poder ao povo seria uma efetivação da democracia. No entanto, tal impressão é flagrantemente equivocada. O Inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição proíbe expressamente que Emenda à Constituição delibere para abolir “os *direito e garantias individuais*”, tal controle é incumbência do Supremo Tribunal Federal. Atribuir tal função à um Órgão político, ou diretamente ao povo através de plebiscito, é estabelecer uma ditadura da maioria. Tornando o Inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição letra morta.

No tocante ao §2º-C da referida proposta, tal previsão não pode coexistir com a letra p do inciso I do próprio art. 102 da Constituição, uma vez que este prevê expressamente que o Supremo Tribunal Federal julgará “o *pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade*”. Fora este argumento técnico, tal previsão poderia trazer graves prejuízos à população, visto que para cessar os

efeitos de Emenda inconstitucional, o jurisdicionado seria obrigado a aguardar um moroso processo de controle de constitucionalidade, ou ajuizar ação por meio do controle de constitucionalidade difuso, a fim de evitar a incidência da norma *inter partes*. Assoberbando ainda mais o Judiciário.

Por fim, mas não menos importante, a referida proposta é inconstitucional simplesmente por ferir a separação dos Poderes, prática vedada pelo inciso III do § 4º do art. 60 da Constituição.

CAPÍTULO IV O Supremo Tribunal Federal e o poder vinculante de suas decisões: com ou sem súmula.

A regra do precedente no *Common Law*, ou *stare decisis*, determina que Órgão judiciais inferiores devem respeitar precedentes de Tribunais superiores objetivando a garantia da segurança jurídica. Cabe esclarecer que bem aplicado, o mecanismo não engessa o Direito, nem fere o princípio do livre convencimento do juiz.

A partir da aplicação desta regra no *Common Law*, podemos observar graves falhas no modelo de súmulas adotado pelo Brasil, que são extremamente sintética, e lacônica.

A regra do *stare decisis* determina que as normas de direito formuladas nas decisões dos Tribunais devem ser rigorosamente cumpridas pelos juízos ad quem, sob pena de comprometer a estabilidade do sistema. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência é vinculante.

No entanto, não é todo o teor da sentença que tem força vinculante, mas somente a discussão de mérito necessária ao deslinde da questão, a *Ratio Decidendi*. Também não são todas as decisões que vinculam, uma vez que existe uma hierarquia na organização judiciária, conforme vimos anteriormente.

A idéia de que o magistrado está vinculado a uma decisão anterior, na verdade é uma obrigação do juiz de aplicar uma particular *Ratio Decidendi* ao caso, quando não houver diferenças entre este caso e aqueles que ensejaram aquela decisão.

Enquanto isso, no Brasil a súmula é um extrato de um posicionamento reiterado, ou não, conforme Súmulas editadas pelo STF com base em um único caso, do Tribunal em casos análogos, ocultando-se a fundamentação das decisões, e, com isso, a motivação do Órgão julgador. Permitindo que casos totalmente diferentes daqueles que motivaram a súmula seja julgado da mesma forma. Ou seja, no *stare decisis*, a vinculação se dá não pelo dispositivo da de decisão, mas pela sua *Ratio Decidendi*.

O estudo do *Common Law* traz preciosos ensinamentos para nossos julgadores: súmulas mais explicativas, expondo mais claramente a motivação das decisões que motivaram a súmula, objetivando que os julgadores possam distinguir os casos onde ela deve ser aplicada.

O *stare decisis*, como observamos, é um mecanismo de garantia da segurança jurídica, que em um primeiro momento, pode nos levar a crer em um possível engessamento do ordenamento jurídico e violação do princípio do livre convencimento do juiz. Fato que não ocorre ante a possibilidade de revisão pelo Órgão que emitiu a súmula e a possibilidade do juízo ad quem excluir a aplicação da súmula por entender que não se aplica ao caso concreto, desde que a súmula traga sua *Ratio Decidendi*. Ao mesmo tempo é necessário uma ferramenta que verticalize as decisões dos Tribunais, objetivo da Emenda Constitucional nº 45.

Sendo assim, a maior falha da Emenda Constitucional nº 45 é ter concedido efeito vinculante ao instituto da súmula, sem obrigar que nela esteja a *Ratio Decidendi* da decisão. Falha materializada nas súmulas emitidas pelo STF, que têm se apresentado extremamente resumidas, trazendo apenas o dispositivo, sem que o Tribunal indique as razões da decisão.

Como alterações constitucionais são complexas e dependem de muita vontade política, seria mais cômodo adotar uma nova forma de redação das súmulas por parte do STF, para que tragam a *Ratio Decidendi* em seu bojo. E não apenas um extrato da decisão, como ocorre com a súmula. Permitindo, assim, que os julgadores fundamentarem suas decisões em cima da verdadeira *Ratio Decidendi* destes precedentes e não apenas extratos. Assim, aplicando o precedente aos casos realmente semelhantes e tratando de forma diferente situações diversas, evitando assim, que se caia na padronização de decisões em julgamentos em série. E, com isso, evitar que se prejudique a própria segurança jurídica, já que a forma como as súmulas do STF vêm sendo redigidas não dão oportunidade para comparações, distinções e argumentações de fatos novos.

4.1 A possibilidade de atribuir efeito *erga omnes* as decisões do plenário do STF.

Na tradição jurídica brasileira, as decisões judiciais, emitidas pelo STF, que reconhecem a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma pela via difusa, tem apenas o efeito inter partes.⁸¹

Ao ser reconhecida como incompatível com a Constituição, a norma invalidada não tem sua vigência afetada, permanecendo no ordenamento jurídico e aplicável aos demais casos. Para a eliminação desta norma do ordenamento jurídico, em caráter definitivo, é necessária a anuência do Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição.⁸²

Inicialmente, sem a intervenção do Senado, a norma declarada inconstitucional pelo STF no modelo difuso não é retirada do ordenamento jurídico. Já no modelo concentrado, não há a necessidade de anuência do Senado. No modelo concentrado, as decisões de inconstitucionalidade proferidas acarretam a retirada automática da norma invalidada.

Diante da nova dinâmica com que se apresenta o controle de constitucionalidade, destacamos a discussão sobre a possibilidade de estender a eficácia erga omnes e efeito vinculante a todas as decisões plenárias do STF.

O próprio STF, através da Reclamação 4335/AC de relatoria do Min. Gilmar Mendes trouxe a tona a viabilidade de se estender a eficácia erga omnes e vinculante as suas decisões sobre constitucionalidade quando proferidas no modelo difuso.

A Referida Reclamação teve por como fato gerador decisão do Juízo de execuções penais de Rio Branco-AC, onde foi afastada a progressão de regime aos condenado por crimes hediondos.

⁸¹ Embora tenha sido a *judicial review* norte-americana a fonte de inspiração para a criação do controle difuso brasileiro, a adaptação, porém não trouxe para o nosso sistema o mecanismo do precedente obrigatório.

O controle difuso tem como característica permitir a qualquer juiz ou tribunal realizar num caso concreto a compatibilidade da norma à Constituição Federal. Recebendo essa denominação pelo fato de ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, sendo, no Brasil, sempre incidental e concreto.

No controle difuso a questão constitucional é meramente de fundo, apresentando-se como prejudicial ao mérito, operando, pois, efeitos apenas entre as partes em litígio.

⁸² Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

(...)

Neste raciocínio, fica superada a concepção tradicional de que as decisões no sistema difuso produzem apenas efeitos entre as partes do processo, sendo necessária a participação do Senado para que atingissem esse efeito. Ou seja, esse efeito seria uma decorrência da própria decisão do STF, tal qual acontece no controle concentrado.

Convém observar que a alteração na concepção da competência do Senado não foi fruto de uma reforma constitucional, essa mudança foi resultado de uma nova interpretação que o STF sobre o enunciado do art. 52, X, da Constituição, ao resolver a questão de ordem suscitada na Reclamação 4335/AC⁸³.

A Emenda Constitucional nº 45/04, incluiu o Art 103-A, que prevê o efeito vinculante para a súmula que deverá ser aprovada por dois terços dos membros do STF.

No entanto, conforme visto nos tópicos anteriores, a súmula não vem se apresentando como um instituto adequado ao seu fim, verticalização das decisões do STF, uma vez que não traz em seu bojo a *Ratio Decidendi* que motivou a decisão.

Tendo em vista a ampliação da interpretação do art. 52, X, da Constituição, o mesmo poderia ocorrer com o art. 103-A, conferindo a todas as decisões do pleno do STF o efeito vinculante, desde que seja aprovado por no mínimo dois terços da totalidade dos ministros.

Com isso, poderíamos abandonar a utilização das súmulas, que vem se mostrando inadequadas para o fim a que se prestam e realmente nos aproximamos do sistema *Common Law*. Utilizando as próprias decisões do STF e suas *Ratio Decidendi* como instrumento de verticalização do entendimento da Suprema Corte.

⁸³ LEITE, Glauco Salomão. **A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculativo às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal**: hipótese de mutação (in)constitucional. Portal do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Disponível em: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf. Acesso em: 07/02/2013

A aplicação do *stare decisis* às decisões do Supremo Tribunal Federal é imprescindível para o Direito brasileiro, sobretudo para o controle de constitucionalidade. Pois a aplicação da Constituição pelo Poder Judiciário de acordo com os precedentes do Supremo Tribunal Federal representa o efetivo respeito à Constituição.

CAPÍTULO V O RESPEITO AOS PRECEDENTES JUDICIASI NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O legislador constitucional, bem como a doutrina constitucional não previram o controle de constitucionalidade por parte do Executivo, através de seus órgãos de decisão administrativa.

O processo legislativo, ratificado pela doutrina, entende que a atuação do Poder Executivo no controle de constitucionalidade das leis se limita ao veto e, caso este seja derrubado, o Executivo poderá ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade.

No entanto, a possibilidade de discutir a inconstitucionalidade da legislação perante os órgãos administrativos tem sido matéria de caloroso debate por alguns juristas⁸⁴, muitos entendem⁸⁵ que a omissão da Administração ao decidir sobre a inconstitucionalidade da norma fere o princípio da ampla defesa, pois estariam limitando a defesa dos administrados.

O principal argumento daqueles que defendem o controle de constitucionalidade das lei no processo administrativo é a súmula número 473 do STF:

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvados em todos os caso a apreciação judicial.

No entanto, tal ato só poderá ser considerado eivados de vício por inconstitucionalidade, apos a matéria ter sido apreciada pelo Poder Judiciária.

Celso Antônio Bandeira de Mello, sobre o controle de constitucionalidade pelos tribunais administrativos afirma que tal matéria passa pela possibilidade de o Executivo descumprir leis que entenda inconstitucional. Fato que causaria um situação de caos. Após longa análise sobre o tema, afirma:

⁸⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte . São Paulo: RT, 2000. P.45-81. P.73

⁸⁵ cf. BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional**: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Pag. 242

Se alguém diz: se a norma é inconstitucional não tenho porque cumpri, o executivo não tem porque obedecê-la de pleno acordo. Mas quem diz que a norma é inconstitucional? Está é a verdadeira pergunta. Quem é o senhor da dicção sobre se a norma é ou não constitucional? Quem tem o poder jurídico de expulsar uma norma do sistema? [...] A meu ver o Executivo não pode descumprir uma lei inconstitucional, e não pode fazê-lo porque o Executivo não tem o poder jurídico de expulsar uma norma do sistema, ele não a pode expelir do sistema. Ele pode expelir atos administrativos do sistema, mas não pode expelir leis. E não apenas expelir; o juízo que o executivo faz a respeito de uma lei é irrelevante para fins de sua aplicação⁸⁶

Sendo assim, o Executivo não pode descumprir lei inconstitucional, uma vez que não tem competência para excluir uma norma do ordenamento jurídico brasileiro. Sua competência se limita a possibilidade de expelir atos administrativos do sistema.

Outro forte argumento que impede que os órgãos administrativos declarem a inconstitucionalidade de uma norma, é abordado por Hugo de Brito Machado⁸⁷, para quem a decisão proferida em controle de constitucionalidade por estes órgãos, poderiam ser definitiva, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Administração não pode procurar o Judiciário para restabelecer o ato administrativo modificado ou extinto.

A própria jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes, em nível federal, entende que o julgador administrativo não pode julgar a constitucionalidade de uma norma. Nessa mesma linha de pensamento, o Estado de Pernambuco previu em sua legislação que disciplina o processo administrativo a vedação ao julgador administrativo apreciar a constitucionalidade das normas, solidificando o entendimento de que apenas o Poder Judiciário tem competência para decidir sobre constitucionalidade das normas.

5.1 O *stare decisis* nas decisões administrativas

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário**. Revista de Direito Tributário, São Paulo, 1998. n. 75, p.15

⁸⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Algumas questões do processo administrativo tributário**. In MARTINS, Ives Grandra da Silva (Coord.) . Processo administrativo tributário. São Paulo: RT, 1999. P. 132-157.

A regra do precedente no *Common Law*, ou *stare decisis*, determina que Órgão judiciais inferiores devem respeitar precedentes de Tribunais superiores objetivando a garantia da segurança jurídica.

Desde a previsão da súmula vinculante, esta idéia vem sendo inculcada, aos poucos, no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, como vimos, não é todo o teor da sentença que tem força vinculante, mas somente a discussão de mérito necessária ao deslinde da questão, a *Ratio Decidendi*. Também não são todas as decisões que vinculam, uma vez que existe uma hierarquia na organização judiciária.

A idéia de que o julgador está vinculado a uma decisão anterior, na verdade, é uma obrigação daquele que decide em aplicar uma particular *Ratio Decidendi* ao caso, quando não houver diferenças entre este caso e aqueles que ensejaram aquela decisão.

A regra do *stare decisis* determina que as normas de direito formuladas nas decisões dos Tribunais devem ser rigorosamente cumpridas pelos juízos superiores, sob pena de comprometer a estabilidade do sistema. Este é o motivo pelo qual a jurisprudência é vinculante.

Paradoxalmente, há muito tempo, os julgamentos das decisões administrativas já têm previsão para seguir tal regra.

A Lei nº 9.430/96, promulgada em 27 de dezembro de 1996, já previa:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

Ou seja, oito anos antes de edição da Emenda Constitucional nº 45/04, o processo administrativo já admitia o respeito aos precedente do STF.

Na época, houve calorosas discussões acerca do alcance de tal dispositivo. Mais coerente, se mostrou, o entendimento de que tal norma se aplica à todas as decisões de última instância do STF.

Apesar de tal normatização ser uma avanço para o processo, à época sofreu fortes críticas por ter inovado pouco e não tornar obrigatório o respeito aos precedentes do STF:

Não consulta o interesse Público, v.g., que persista o modelo iníquo de desobediência às ordens judiciais pela Administração Pública, incorrendo no abuso de recursos judiciais meramente protelatórios. Aliás neste passo, o legislador infraconstitucional (através da Lei n 9.430/96, no seu art. 77) faculta – embora devesse obrigar – que o Poder Executivo discipline as hipóteses em que a Administração Tributária Federal, relativamente aos créditos baseados em dispositivos declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, abstenha-se de constituí-los, bem como retifique o seu valor ou os declare extintos, de ofício, quando constituídos, ainda que inscritos em dívida ativa, e, finalmente formule desistência de ações de execução fiscal já ajuizada, além de deixar de interpor recursos de decisões judiciais. Ora, a suposta faculdade somente esconde um dever, não penas legal, constitucional. A separação dos poderes não pode biombo ou argumento para o desacato ou crônico descumprimento das decisões judiciais e acintoso menoscabo contra os direitos da cidadania.⁸⁸

A contrario *sensu*, haviam os que defendiam que o artigo tratava apenas dos julgamento em controle concentrado. Posicionamento inócuo, uma vez que declarada a inconstitucionalidade a norma é retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

Em 2009, a Lei nº 11.941/09 inseriu o art. 26-A no Decreto nº 70.235/72, que trata do processo administrativo fiscal, tal dispositivo tirou a discricionariedade do agente público e tornou obrigatório a observância das decisões definitivas do STF.

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

⁸⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. P54.

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Coroando a evolução do respeito aos precedentes nos julgamentos administrativo, em dezembro de 2010, foi promulgada a Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, que alterou art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

Com tal determinação, criou-se o regime de recurso repetitivo, também no âmbito do CARF. Prática que traz mais segurança à todos jurisdicionados e administrados.

Sendo assim, observamos que o posicionamento mais coerente é aquele trazido por Sacha Calmon Navarro Coelho⁸⁹, aduzindo que apenas o Poder Judiciário tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma,

⁸⁹ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Processo administrativo tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo administrativo tributário*. São Paulo. São Paulo: RT, 1999. P.180-191.

através dos sistemas concentrado e difuso. No entanto, o jurista entende que as decisões do Supremo Tribunal Federal que tenham declarado a inconstitucionalidade, tal precedente deve ser obedecido pelos órgãos do administrativos. O autor ainda traz a idéia de que a inconstitucionalidade nunca se presume, sempre prevalecendo a presunção de constitucionalidade que a norma goza, neste sentido, a Administração não pode deixar de aplicar a lei por entender que esta seja inconstitucional.

Para contemporizar tal citação, devemos lembra que tal texto é anterior à edição da Lei nº 9.430/09, que tornou obrigatório o respeito aos precedentes do pleno do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido Edilson Fernandes⁹⁰ afirma que a autoridade administrativa não tem competência para examinar a constitucionalidade da legislação, deixando claro que os agente públicos devem aplicar a norma, mesmo que seja flagrantemente inconstitucional. Sobre o caso Supremo ainda não apresentou posicionamento.

⁹⁰ FERNANDES, Edilson Carlos. **Processo administrativo tributário**. In MARTINS, Ives gandra da Silva (Coord.). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: RT, 1999. P. 458-470.

CONCLUSÕES

A obediência ao que se pode extrair de um acórdão do STF terá que ser repensado pelo intérprete e aplicador do Direito para se emprestar maior aplicabilidade. É certo que o juiz de primeiro grau não está obrigado a seguir o entendimento do STF quando tal não está sumulado nos termos do art. 102., e sim exposto em mera decisão daquela Corte, todavia é prudente e forçoso que seja considerado e dado importância para que se aplique ao caso concreto, independentemente e antes mesmo que se transforme em súmula vinculante. Se tal ocorrer, certamente o Poder Judiciário, principalmente os tribunais estarão livres de inúmeros recursos, onde se obriga o jurisdicionado a recorrer até o STF para ver o entendimento, antecipadamente conhecido, dessa Corte. O que poderia ser evitado, acaso as instâncias inferiores observassem e fizesse prevalecer – antes mesmo de qualquer súmula –, o entendimento já esposado dessa Corte em caso análogo.

Não há dúvida que para se ter um Judiciário célere faz-se necessário que seja repensado o respeito aos precedentes da Suprema Corte. Que a obediência ao entendimento dessa Corte não retira do magistrado de instância inferior a garantia que lhe é dada da independência funcional e da autonomia do livre convencimento. Trata-se de uma visão minimamente racional, a de que a essa Corte a Constituição reservou a competência para dar a última palavra.

É bem verdade que a construção do Direito não é dada apenas a onze ministros e sim a todos que operam o Direito, trata-se de uma prerrogativa assegurada pela Constituição e prevista na legislação infraconstitucional, contudo há de se compreender que uma decisão isolada também não tem o condão de fazer construir um novo entendimento, pelo contrário, o que por vezes ocorre é o acúmulo de processos obstruindo o desate de outras questões.

É inevitável a criação judicial do Direito, ante a impossibilidade de se prever todas as situações em que a norma deve incidir, bem como pela doutrina da escola de interpretação histórico-evolutiva, segundo a qual “a lei deve acompanhar as transformações sociais, adequando-se à nova realidade e contingências.”⁹¹. A

⁹¹ SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama, 2009. Pag. 42

conseqüência deste fenômeno é a decadência do modelo positivista e a ampliação do poder do julgador, onde a decisão vai depender de conceitos subjetivos. Tal conceito não é apenas doutrinário, uma vez que o próprio art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro prevê que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Neste ponto entramos em uma área nebulosa, uma vez que conceitos como justiça, fins sociais e outros, tem interpretações infinitas e muitas vezes antagônicas. Aspectos pessoais do julgador como criação, formação acadêmica, ideologia política e outros não interferem nestes conceitos, conseqüentemente interferindo na decisão.

Uma forma de determinar certo controle sobre esse aspecto o respeito aos precedentes judiciais, que poderão ser persuasivos, obrigatórios ou relativamente obrigatórios. Assim, adota-se um instrumento através do qual o julgador não deve utilizar os seus conceitos, mas aqueles emanados dos Tribunais.

Em seguida observa-se as técnicas de superação e distinção e modulação temporal dos efeitos do precedentes e que a sua utilização não é fato novo no ordenamento jurídico brasileiro. Em verdade, tais técnicas em muito se assemelham à interpretação segunda a escola histórico-evolutiva.

Em análise da súmula vinculante, elenca-se os legitimados para sua propositura, seus requisitos e sua principal forma de efetivação em caso de descumprimento, a Reclamação.

Aborda-se, em seguida, a possibilidade das decisões do Pleno do STF terem efeitos vinculantes, independentemente da edição de súmula. Permitindo, que os julgadores fundamentarem suas decisões em cima da verdadeira *Ratio Decidendi* destes precedentes e não apenas extratos. Assim, aplicando o precedente aos casos realmente semelhantes e tratando de forma diferente situações diversas, evitando que se caia na padronização de decisões em julgamentos em série. E, com isso, evitando que se prejudique a própria segurança jurídica, já que a forma como as súmulas do STF vêm sendo redigidas não dão oportunidade para comparações, distinções e argumentações de fatos novos. Tal entendimento é comungado pelo próprio STF que conferiu efeito erga omnes na Reclamação 4335/AC.

No âmbito administrativo não há previsão para o controle de constitucionalidade, sendo monopólio do Judiciário, ainda assim, respeitáveis nomes tem firmado entendimento no sentido inverso.

A solução encontrada foi permitir que a Administração seguisse os entendimentos firmados pelo STF em controle difuso. Logo, com advento da 9.430/09, tal conduta passou de permissiva para obrigatória.

O respeito aos precedentes se mostra como uma alternativa plausível para uniformizar as decisões e principalmente tornar o processo mais célere. Neste raciocínio, concluímos que o processo administrativo tem andado à passos mais largos que o próprio processo constitucional.

Quanto a PEC 33/2011, não parece salutar às nossas tradições, muito menos ao Estado Democrático do Direito. É sabido da enorme contribuição que o Supremo Tribunal Federal tem dado nas questões de controle de constitucionalidade. Não há dúvida que a PEC 33/2011, dentro dessa ótica irá atender mais a interesses políticos do que propriamente ao Direito, sem contar que a modalidade do plebiscito além de difícil operacionalização e de um alto custo, não será capaz de fazer um julgamento técnico, imparcial, juridicamente adequado à ordem jurídica brasileira. A adoção desse Sistema apresenta grave ameaça às garantias individuais, pois estaria se constitucionalizando uma ditadura da maioria, sem contar que por detrás do plebiscito podem estar interesses escusos a se utilizar da população como massa de manobra.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. Recife: Anuário do Mestrado em Direito, nº 05: 1992
- ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez; COELHO, Alexs Gonçalves. O estupro de vulnerável e sua aplicabilidade e interpretação à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. Análise do espírito do legislador (exposição de motivos do Código Penal) e da realidade social brasileira na atualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3219, 24 abr. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21594>>. Acesso em: 07/02/2013.
- ARISTOTELES, Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- AURÉLIO, Min. Marcos. Recurso Extraordinário nº 111787/GO, Publicado no DJ de 13/09/1991
- BARROSO, Luis Roberto. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- BINEMBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Processo administrativo tributário. São Paulo. São Paulo: RT, 1999.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 4. ed. Salvador: Editora jus podivm. 2009, v. 2,
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 5 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. 2 v.
- FERNANDES, Edilson Carlos. Processo administrativo tributário. In MARTINS, Ives gandra da Silva (Coord.). Processo administrativo tributário. São Paulo: RT, 1999.
- DINAMARCO, Candido. A instrumentalidade do processo. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 1998.
- FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. São Paulo: Loyola, 1996.
- FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Interpretação criativa e realização do direito. Recife: Bagaço, 2000.

GUASTINI, Ricardo. Das fontes às normas. Trad. Edson Bini – São Paulo : Quartier Latin, 2005.

GUIMARAES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. São Paulo: Rideel. 1995.

JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil v. 2. 7º Ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

JR., Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. 4. ed. Salvador: Editora jus podivm. 2009, v. 2, p. KELSEN, HANS. Teoria Pura do Direito. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAMY, Marcelo. Generalização dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_generalizacao.htm#sdfootnote24symTAVARE S>. Acesso em 07 fev. 2013.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculativo às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: hipótese de mutação (in)constitucional. Portal do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Disponível em: http://www.ihj.org.br/pdfs/Artigo_Mutacao_Glauco.pdf. Acesso em: 07/02/2013

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de cpc : a *Ratio Decidendi* ou os fundamentos determinantes de decisão. Revista dos Tribunais – V.101 n.918 abr. 2012 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACEDO, Maury R. De. A lei e o arbítrio à luz da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões do processo administrativo tributário. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) . Processo administrativo tributário. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte . São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Controle da constitucionalidade pelos tribunais administrativos no processo administrativo tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, 1998. Nº 75

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Ética e racionalidade moderna. São Paulo, 1993:Loyola.

PEGORARO, Olinto A. Ética é justiça. Petrópolis: Vozes, 1995

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaim. Lógica Jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SESMA, Victoria Iturralde. El Precedente en el common law. Madrid: Civitas, S. A., 1995.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982.

SILVA, Zélio Furtado da . Retórica & decisão judicial. Recife: Pirapama, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Moda de. Segurança Jurídica e Jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTR, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante. Curitiba: Juruá, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como Fonte do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A função da súmula vinculante do STF em face da teoria geral do direito, RePro.