

CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS E FILOSÓFICAS DO INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE

Juliana Cordeiro Schneider¹

Resumo: Objetiva analisar as súmulas vinculantes como mecanismo de respeito aos precedentes. Inicialmente, realiza uma análise acerca dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, bem como sobre a evolução e a atual sistemática das súmulas no Brasil, tecendo breves comentários acerca do conceito das súmulas vinculantes e a importância da uniformização jurisprudencial. Coteja, ainda, a possibilidade de reclamação constitucional em caso de descumprimento de súmulas vinculantes. Em seguida, apresenta algumas críticas em relação ao instituto em comento, tendo como base principalmente o paradigma procedimental de democracia preconizado por Jürgen Habermas. Apesar das referidas críticas de cunho teórico-filosóficas, percebe-se a importância das súmulas vinculantes no combate à dispersão jurisprudencial, acarretando, pois, segurança jurídica aos jurisdicionados.

Palavras-Chave: Súmulas vinculantes. Uniformização jurisprudencial. Respeito aos precedentes.

Abstract: Aims to analyze the binding precedents as a mechanism of respect precedents. Initially, performs an analysis about the legal systems of common law and civil law, as well as on the evolution and current systematic overviews in Brazil, weaving brief comments about the concept of binding prece-

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Assessora de Promotor de Justiça.

dents and the importance of uniformity of jurisprudence. Collates also the possibility of constitutional complaint in case of breach of binding precedents. Then presents some criticisms of the institute under discussion, based mainly procedural paradigm of democracy advocated by Jürgen Habermas. Despite these criticisms of theoretical-philosophical, realizes the importance of binding precedents in combating the spread of jurisprudence, leading to legal jurisdictional.

Keywords: Binding precedents. Uniformity of jurisprudence. Respect precedents.

1. INTRODUÇÃO



doutrina do *civil law* pecou em fingir crer que a lei seria suficiente, preferindo preservar o dogma em vez de denunciar a realidade. Ora, tanto no *common law* quanto no *civil law*, uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações. Todavia, no *common law*, intuiu-se que o juiz não é mero revelador do direito, ele o cria, enquanto que no *civil law*, permanece a ideia de que o juiz simplesmente atua a vontade do direito.² O *common law* confiou e apostou no Judiciário (*judge make law*), enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento (*juge bouche de la loi*).³

A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. A tradição de *civil law* afirmou a tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. Mas essa segurança jurídica desejada no *civil law* não pode mais dispensar o

² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 64.

³ *ibidem*, p. 51.

sistema de precedentes, há muito estabelecido no *common law*.⁴ Nos ordenamentos de *common law*, os precedentes têm força vinculante, consubstanciando-se, pois, em fontes de direito. Já no sistema do *civil law*, predomina a orientação de que a jurisprudência não goza de força vinculante, tendo apenas uma eficácia meramente persuasiva.⁵

A ideia de que o respeito ao passado interferiria no livre convencimento do juiz é falaciosa, tendo em vista que a decisão é resultado de um sistema e não de algo construído de forma individualizada. O juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. Pouco importa, para o sistema, se o juiz tem posição pessoal que difere da dos tribunais que lhe são superiores. O juiz possui o dever de manter a coerência do ordenamento e a credibilidade do Judiciário. Obviamente, em casos distintos, o juiz não precisa decidir de acordo com o tribunal superior ou em conformidade com decisão que anteriormente proferiu. Cabe-lhe realizar o *distinguishing*, a diferenciação do caso que está em julgamento⁶ ou o *overruling*, a revogação do precedente.

O precedente, nas hipóteses de dúvida, presta-se a auxiliar o julgador no processo hermenêutico em busca da correta aplicação da lei no caso concreto.

Importante ressaltar que até no direito anglo-saxão, há atualmente a categoria dos precedentes persuasivos, quando um litigante, por exemplo, na Inglaterra, invoca um precedente de outro país, como o dos EUA.⁷ Curioso notar que o juiz brasileiro atualmente tem poder criativo maior que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes.⁸

⁴ *ibidem*, p. 19.

⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12-13.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* (nota 2), p. 65.

⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.* (nota 5), p. 13.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* (nota 2), p. 41.

A consolidação e uniformização da jurisprudência certamente é desejável por conferir maior certeza dos julgados quando da apreciação de casos semelhantes. Não é saudável que se conviva com Tribunais decidindo de forma diferente a mesma questão. Muitos dispositivos, como os artigos 557; 544, §3º e 4º; 518, § 1º; 285-A; 543-B e 543-C do Código de Processo Civil (CPC) são sintomas de que nossa lei processual está caminhando para que haja uniformidade da jurisprudência num grau socialmente desejado⁹. O mesmo se pode dizer da súmula vinculante, objeto do presente estudo.

2. CONCEITO DE SÚMULA VINCULANTE

Súmula deriva do latim *summula*, que significa epítote breve, sentido de sumário, o que de modo abreviadíssimo explica o conteúdo integral de alguma coisa. Não podem ter conceitos vagos, salvo para dizer o que significam, bem como devem dizer respeito a situações capazes de se repetirem ao longo do tempo. Assim, seria mais viável sumular matérias em direito tributário do que em direito de família.¹⁰ Elas possuem características semelhantes à lei, sendo consideradas enunciados de caráter abstrato, genérico, impessoal e obrigatório, razão pela qual também podem ser sindicadas quanto à sua constitucionalidade.

A súmula vinculante, diferentemente da súmula meramente persuasiva, vincula a Administração e todo o judiciário, até mesmo o Supremo Tribunal Federal (STF), até ulterior modificação do enunciado. Sua natureza jurídica é *sui generis*, situando-se entre a atividade típica de judicar e a lei, na medida em que se constitui no extrato da jurisprudência do STF, aproximando-se da jurisprudência, e possui eficácia erga omnes e

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: Repro n° 172. São Paulo: RT, 2009, p. 146.

¹⁰ *ibidem*, p. 165.

vinculante, portanto, possuindo conteúdo normativo, aproximando-se da lei em sentido estrito. Contudo, não inova no ordenamento, apenas espelhando a interpretação dominante acerca de determinada norma constitucional, sendo atividade do poder jurisdicional.

A Lei nº 11.417/2006, ao regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal, traz as regras básicas para a edição de uma súmula vinculante. Quanto ao objeto, deve a súmula versar sobre a validade, a interpretação e/ou a eficácia de determinada norma de matéria constitucional. Logo, questões estritamente de direito legal ou infralegal não podem ser objeto de tal espécie de súmula.¹¹

Mister se faz delinear o que seria vinculação. Em um primeiro sentido, vinculação é utilizada para designar a mera força persuasiva de um determinado precedente jurisprudencial. Trata-se da eficácia tradicional do *civil law*. É um mero argumento de autoridade, uma “vinculação fraca”. Em uma segunda acepção, “eficácia vinculante” faria referência a hipóteses em que os órgãos judiciais e da Administração Pública estariam autorizados a adotar providências de simplificação do procedimento e consequente abreviação da duração do processo. As regras em questão autorizam, não impõe. Além da força persuasiva, atribui-se consequências especiais ao precedente. É uma “vinculação média”.¹² Por fim, a força vinculante propriamente dita, que ocorre nas decisões liminares e nos pronunciamentos finais de acolhimento ou improcedência em ações diretas de inconstitucionalidade, em ações declaratórias de

¹¹ LEAL, Felipe Veit. Súmula vinculante: instrumento de uniformização jurisprudencial e de racionalização processual. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 51, dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.

¹² TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 12, Revista dos Tribunais: 2011, p. 147.

constitucionalidade, em arguições de preceito fundamental e em súmulas vinculantes. É a “*vinculação forte*”.¹³

Em suma, a força vinculante é fruto da conjugação da eficácia geral e abstrata do comando decisório produzido no processo objetivo com a imputação de uma eficácia anexa com certa carga mandamental, que impõe a outros órgãos do direito o dever de seguir aquela solução. Força vinculante é, pois, um mecanismo jurídico-positivo autônomo *sui generis*.¹⁴

Há quem preleccione que a eficácia obrigatória dos precedentes é a eficácia obrigatória da *ratio decidendi*. Daí porque a eficácia vinculante não pode se limitar ao dispositivo da decisão, devendo abranger sua fundamentação, os fundamentos determinantes da decisão.¹⁵

A força vinculativa das súmulas não pode, evidentemente, abarcar o próprio STF, que pode alterar o seu entendimento esposado em súmula vinculante, através de votação que obedeça ao mesmo quórum necessário à sua aprovação inicial (2/3 dos seus membros). Com isso, objetiva-se exatamente permitir a revogação do precedente. Essa mudança não pode ser só com base de mudança de convicção pessoal ou mudança na composição do Tribunal, que é o que, infelizmente, ocorre normalmente, mas sim com uma mudança da compreensão geral sobre o assunto.¹⁶ É preciso que os juízes afastem interpretações pessoais e passem a manifestarem-se de modo institucionalizado. Mas a flexibilidade, a possibilidade de revisões ou cancelamentos, é importante no sistema sumular vinculante, do contrário haveria uma estagnação da jurisprudência.¹⁷

A mudança da jurisprudência ao longo do tempo é, con-

¹³ *ibidem*, p. 147-148.

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* (nota 12), p. 143.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*, p. 33.

¹⁶ *ibidem*, p. 34.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. In: *Fundamentos do processo civil*, p. 238.

tudo, necessária e saudável para a sociedade. Mas única e exclusivamente em casos disciplinados por regras ligadas a características da sociedade, como o conceito de mulher honesta. Deve haver uniformidade de entendimento no mesmo momento histórico. Por outro lado, em hipóteses em que se esteja em jogo a incidência de um tributo, a jurisprudência não deve se alterar. Aqui, a lei é que deve ser alterada, não o entendimento jurisprudencial.¹⁸

Desconhece-se na atualidade sistema de eficácia absolutamente vinculante, até nos sistemas do *common law* se pode rever os precedentes.¹⁹ O que pode justificar a revogação de um precedente é a mutação da realidade social que a Corte considerou ao decidir.²⁰ Nesse diapasão Tucci preconiza:

A incerteza que nasce do advento de um novo precedente em substituição à orientação consolidada, acarreta um custo social e econômico elevadíssimo, mesmo nos sistemas que não conheçam força vinculante na jurisprudência, uma vez que a situação de incerteza gerada pela mudança somente poderá ser eliminada depois de um período relativamente considerável para que seja consolidada a nova regra.²¹

As súmulas vinculantes também não vinculam o Poder Legislativo, uma vez que haveria uma petrificação legislativa. Entretanto, o fato de o Legislativo editar lei contrária a alguma súmula vinculante criaria um embate institucional entre os poderes, que deveriam atuar em consonância.

3. BREVE HISTÓRICO SOBRE AS SÚMULAS

Com relação à evolução das súmulas no Brasil, pode-se concluir que elas tiveram um antecessor português, denominado de *assentos*. Em caso de dúvida objetiva quanto à aplicação de determinada lei, a questão era levada ao regedor da Corte

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. (nota 9), p. 173.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. (nota 15), p. 35.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. (nota 2), p. 80.

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. (nota 5), p. 311.

que, por sua vez, submetia-a a alguns desembargadores. Se a dúvida ainda subsistisse diante daquele órgão, o regedor deveria submeter o problema à interpretação e resolução do rei. Em ambas as hipóteses, a decisão era inserida em um “livrinho” para evitar futuras dúvidas.²² Esses “livrinhos”, surgidos nas Ordenações Manuêlinas, no ano de 1521, tomaram o nome de Livros dos Assentos, que eram uma clara intenção de uniformizar a jurisprudência, trazendo-se segurança jurídica.²³

Em 1963 criou-se a Súmula da Jurisprudência Predominante no STF, com o fito de atenuar a sobrecarga de trabalho da Corte Suprema. A Lei 9756/98 fez competente o relator não apenas para “*negar seguimento*” a recurso, quando “*em confronto com súmula ou jurisprudência predominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior*”, senão para dar-lhe provimento, por decisão monocrática, sempre que a recorrida se achasse “*em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*”.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe a inovação das súmulas vinculantes, introduzindo o artigo 103-A na Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Mesmo antes da criação desse instituto pela EC nº 45/2004, já era forte na prática judiciária, a propensão dos órgãos judiciais de primeiro e segundo grau a conformar-se à jurisprudência dos tribunais superiores. Anteriormente à EC nº

²² TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. (nota 5), p. 134.

²³ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. (nota 5), p. 135.

45/2004, as súmulas do Supremo apresentavam apenas uma função orientadora, sugestiva, além de programática (no sentido de que as decisões do STF seriam naquele sentido quando a causa chegasse ao órgão mediante controle difuso ou concentrado). Entretanto, o efeito vinculante das súmulas significa que elas são investidas de obrigatoriedade (de normatividade), ou seja, não se trata mais de mera sugestão, mas sim de pautas, de normas.

Chegou-se a propor, como alternativa às súmulas vinculantes, a chamada “súmula impeditiva de recurso”, em que se tornaria inadmissível o recurso interposto contra decisão que àquela tese se afeiçoasse, ao invés de compelir o órgão judicial a adotar a tese consagrada (o que atentaria, para muitos, contra a independência do juiz). Semelhante providência é a dada pelo relator no art. 557, § 1º CPC, em dar provimento a recurso interposto contra decisão divergente de súmula ou jurisprudência do STF ou de Tribunal Superior, o que, para muitos, seria até mais eficiente do que a súmula vinculante. Tal proposta foi acolhida pelo Senado para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e para o Tribunal Superior do Trabalho (TST).²⁴

4. POSSÍVEL CRÍTICA AO ARTIGO 103-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES COM O MODELO HABERMASIANO DE DEMOCRACIA

Uma das justificativas na emenda constitucional nº 45/2004 para a criação das súmulas vinculantes foi a morosidade da justiça em face do crescente número de demandas judiciais que sobrecarregavam os Tribunais. Entretanto, mesmo após a edição da EC nº 45, o número de processos vêm aumen-

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. In: Temas de direito processual civil: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303.

tando no decorrer dos anos, não tendo as súmulas vinculantes atenuado, de forma efetiva, o fluxo processual da Suprema Corte brasileira, conforme se infere da análise da seguinte tabela:

Movimentação STF	Processos Protocolados	Processos Distribuídos	Julgamentos	Acórdãos Publicados
2013*	26.258	16.346	34.066	4.720
2012	72.148	46.392	87.784	11.794
2011	64.018	38.019	97.380	14.105
2010	71.670	41.014	103.869	10.814
2009	84.369	42.729	95.524	17.704
2008	100.781	66.873	130.747	19.377
2007	119.324	112.938	159.522	22.257
2006	127.535	116.216	110.284	11.421
2005	95.212	79.577	103.700	14.173
2004	83.667	69.171	101.690	10.674
2003	87.186	109.965	107.867	10.840
2002	160.453	87.313	83.097	11.685
2001	110.771	89.574	109.692	11.407
2000	105.307	90.839	86.138	10.770

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF²⁵

A Proposta de Emenda Constitucional nº 33²⁶, de autoria

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 25 jun. 2013.

²⁶ “Artigo 1º. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: "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".

Artigo 2º. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação:

"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.*

(...)

§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.* [grifos nossos]

do Deputado Nazareno Fonteles, propõe, entre outras mudanças, devolver ao Congresso algum tipo de controle sobre a edição de súmulas vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal, com a alteração do artigo 103-A da Carta Magna. *Como a súmula vinculante possui atributos de abstração e obrigatoriedade semelhantes aos de uma lei, faz sentido que a decisão sobre a sua efetividade fique a cargo do Parlamento.*

Pode-se afirmar que a súmula vinculante reforça o caráter monológico do STF, na medida em que não permite a ampliação dos debates dos cidadãos sobre os temas versados nos enunciados vinculantes de relevância político-social, ferindo o paradigma procedimental ou deliberativo de democracia. O modelo deliberativo de democracia descreve, de modo mais adequado, o funcionamento do sistema de direitos em sociedades complexas, como a brasileira, uma vez que fornece critérios suficientes para o esclarecimento da legitimidade do Direito. Frise-se, como Habermas assevera, que:

(...) as normas de direito só podem obrigar duradouramente quando os procedimentos que comandaram o seu surgimento forem reconhecidos como legítimos. Nesse momento de reconhecimento faz-se valer um agir comunicativo que, por assim dizer, aparece no outro lado do sistema de direitos, no lado da formação democrática da vontade e da legislação política enquanto tal.²⁷

As súmulas vinculantes conferem um monopólio interpretativo ao STF, permitindo que o tribunal legisle, uma vez que seus enunciados correspondem a normas gerais e abstratas com eficácia *erga omnes*. O Pretório Excleso, ao elaborar súmulas de forma monológica e impor seu entendimento de forma vinculativa, descumpre precisamente este dever de promoção da democracia deliberativa, na medida em que não promove a autonomia política dos cidadãos e nem sua inclusão dialógica.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993, p. 106.

Pablo Lucas Verdú faz uma analogia com o idioma alemão, asseverando que os Tribunais Constitucionais não se limitam a ser o *Hüter* (guardião) da Constituição, mas o *Herr* (dono) da mesma.²⁸ Não se defende, todavia, a superioridade do Legislativo sobre os outros poderes, como fez Kant²⁹. O que se almeja é o famigerado sistema de freios e contrapesos, a fim de que cada poder não abuse de suas funções, usurpando funções constitucionais de outros poderes constituídos e colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular.

O que se percebe, portanto, no plano da facticidade é uma supervalorização do princípio da segurança jurídica em detrimento da legitimidade democrática da formação da vontade pública através do viés comunicativo habermasiano.³⁰ Destarte, sob a perspectiva de uma ética do discurso, os destinatários das súmulas vinculantes deveriam poder se manifestar racionalmente sobre elas, em debates públicos. Nessa linha, assevera Taiz Marrão Batista da Costa:

(...) o mecanismo da súmula vinculante opera com a tensão entre facticidade e validade, mas não elaborando-a (sic) como faz o paradigma procedimentalista, mas suprimindo a facticidade em prol da validade. Assim, a deliberação democrática com o fortalecimento da racionalidade da jurisdição, oriunda da aceitabilidade racional, fica prejudicada

²⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingenesia Iuris Político)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994, p. 75-76.

²⁹ "Todo Estado contém em si três poderes, isto é, a vontade geral se une em três pessoas políticas (trias política): o poder soberano (a soberania), que reside no poder legislativo; o poder executivo, que reside em quem governa (segundo a lei) e o poder judiciário, (que possui a tarefa de dar a cada um o que é seu, na conformidade da lei), na pessoa do juiz (...)". KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 341.

³⁰ LARANGEIRA, Marcelo Farias. *Breves considerações sobre a legitimidade democrática da súmula vinculante a partir da perspectiva discursiva*. Disponível em:

<http://www.academia.edu/3264505/BREVES_CONSIDERACOES_SOBRE_A_LEGITIMIDADE_DEMOCRATICA_DA_SUMULA_VINCULANTE_A_PARTIR_DA_PERSPECTIVA_DISCURSIVA> Acesso em: 15 mai. 2013, p. 10.

com o recurso das súmulas vinculantes, devido à supervalorização da segurança jurídica que este opera ao conferir um monopólio interpretativo ao STF. (...) a supervalorização do princípio da segurança jurídica, da legalidade e da validade ocorre em prejuízo da legitimidade democrática da formação da vontade pública por via comunicativa, e, portanto, da democracia.

(...)

A teoria habermasiana, ao atribuir ao tribunal constitucional a tarefa de velar pela prática da autodeterminação deliberativa a desenvolver-se nos fluxos comunicacionais entre a formação institucionalizada da opinião e da vontade e a formação nos círculos informais da comunicação política (núcleo do paradigma procedimentalista), restringe o tribunal constitucional em sua função criativa do direito não apenas no sentido de um dever de observância, mas também de um dever de promoção da política deliberativa, pois nisso residiria sua própria legitimação democrática. Devemos observar, ademais, que isto implica uma concepção procedimentalista da constituição, o que deve excluir a possibilidade de uma jurisprudência de valores a ser ditada pelo pai-regente tribunal aos filhos de menoridade. Por fim, deve-se ter em mente que a teoria habermasiana objetiva a maior racionalidade e legitimação do direito pela ampliação do número de intérpretes da constituição, objetivo este que, inclusive, o tribunal constitucional, segundo o paradigma procedimentalista, deve garantir enquanto guardião das condições do procedimento democrático.

(...) a necessidade de legitimação do direito deve ser suprida pelo agir comunicativo orientado à aceitabilidade racional de todos os possíveis atingidos (horizontalização do processo de tomada de decisões) e não pelas habilidades sobre-humanas de um juiz ou de um corpo especializado de 11 juízes de forma solitária (verticalização das decisões).³¹

O Tribunal Constitucional brasileiro é tido por muitos como superego da sociedade, superando a concepção de juiz

³¹ COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 mai. 2013, p. 3, 29 e 35.

Hércules de Dworkin, o qual Habermas tanto critica, chegando a ser pai do próprio Hércules e de todos os semideuses e deuses: é visto, pois, como o próprio Zeus. Habermas critica essa apoteose da função monológica do Judiciário. Ao se estabelecer um monopólio interpretativo do STF, chega-se inevitavelmente a um monólogo da Corte Suprema, semelhante à operação do princípio monológico da teoria do direito solipsista de Dworkin³², que é em *"tudo incompatível com o modelo deliberativo de democracia proposto por Habermas, o qual pressupõe a formação horizontal da vontade pública por via comunicativa."*³³ Assim, segunda a teoria habermasiana, deve-se supear o caráter "zeusista"³⁴ do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o paradigma procedimental.

Contudo, poderia se argumentar que, mesmo se reconhecendo a legitimidade do Supremo para editar súmulas vinculantes, a proposta trazida pela PEC 33 criaria uma crise institucional. A melhor opção, para alguns autores, seria o legislador simplesmente extinguir esse instituto. Nessa esteira, Rafael Tomaz de Oliveira advoga que:

Partilho da opinião de Georges Abboud de que o melhor seria se a proposta pretendesse extinguir de vez um tal instituto (desde a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, o artigo 103-A, introduzido por tal Emenda, se apresenta como inconstitucional), do mesmo jeito que Portugal

³² É "possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática de argumentação, que exige de todo o participante a assunção das perspectivas de todos os outros. O próprio Dworkin reconhece esse núcleo procedimental do princípio da integridade garantida juridicamente, quando vê o igual direito às liberdades subjetivas de Ação fundadas no direito às mesmas liberdades comunicativas. Isso sugere que se ancoram as exigências ideais feitas à teoria do direito no ideal político de uma "sociedade aberta dos intérpretes da constituição", ao invés de apoiá-las no ideal da personalidade de um juiz, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade." HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler, Volumes I e II, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 277-278.

³³ COSTA, Taiz Marrão Batista da. op. cit. (nota 31).

³⁴ Relativa a Zeus.

extinguiu o Instituto dos Assentos (um paralelo lusitano da experiência das Súmulas).³⁵

A par dessas posições contrárias à adoção de súmulas vinculantes, pois elas desrespeitaria a separação de poderes, Tereza Arruda assevera que a separação pode assumir várias formas, não precisando ser implantada de forma pura.³⁶

Para Angel Rafael Mariño Castellanos, a súmula vinculante é instrumento que aumenta o poder hermenêutico do STF. Se o Supremo Tribunal Federal, órgão supremo do Poder Judiciário, constitucionalmente competente para interpretar a Lei Maior, revela a interpretação correta de um dispositivo constitucional, não seria razoável que qualquer outro órgão do Estado brasileiro, seja judicial ou administrativo, apresente outra interpretação ou venha decidir em sentido contrário. As súmulas vinculantes representam, assim, uma “*interpretação subsumível*”, que retira a liberdade do intérprete, já que se torna uma premissa maior.³⁷

Uma crítica feita pelo Barbosa Moreira é que bloquear, na produção dos órgãos situados na base da pirâmide judiciária, os eventuais desvios das teses firmadas por órgãos de grau superior, em certos casos até barraria a renovação da própria jurisprudência. A súmula vinculante não se afigura perigosa nesse ângulo, tendo em vista as limitações que a EC nº 45/2004 estabeleceu no art. 103-A, CF. O mesmo não se pode dizer da súmula impeditiva de recurso, que nos ameaça de um “*imobilismo jurisprudencial*”.³⁸

³⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A persistência do fator conciliador e a EC 33*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. (nota 9), p. 162.

³⁷ CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; SILVESTRE, G. F. A reconstrução do papel do Supremo Tribunal Federal: interfaces da súmula vinculante e da reclamação constitucional. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 1. p. 7533-7551.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. (nota 24), p. 311.

É notório, ainda, que o Brasil é um país de dimensões continentais e de realidades distintas, não sendo viável em alguns casos que se obrigue um juiz singular, que está mais perto do fato social a que a norma visa reger, a decidir conforme a súmula, em detrimento do que é o mais justo na realidade fática. É desejável, entretanto, que um órgão superior fixe entendimento a ser adotado de maneira uniforme pelos outros órgãos judiciais na aplicação de determinados textos legais, como as normas constitucionais. Já em relação a outras é mais aconselhável dar espaço de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta as variáveis regionais, como ocorre com dispositivos legais que falam de conceitos jurídicos indeterminados, como “bons costumes”, “elevado valor”, etc.³⁹

Realmente, para nós, o melhor, seria que o próprio Legislativo criasse as leis necessárias. Mas não se vislumbra outra solução, a curto prazo, para a justiça intempestiva, senão as súmulas vinculantes. Conforme Tucci, uma das funções mais nobres do direito jurisprudencial *“é a sua capacidade de adaptar-se às mudanças sociais e econômicas da nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos reclamos axiológicos da sociedade.”*⁴⁰

Calmon de Passos uma vez respondeu a um juiz que o perguntou aonde ficariam sua liberdade de consciência e o sentido de justiça nos casos das súmulas vinculantes, ao que lhe respondeu: *“por que os juízes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?”*⁴¹

5. RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Essa feição tão importante que as súmulas têm para o sis-

³⁹ idem, p. 311.

⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. (nota 5), p. 283.

⁴¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. (nota 9), p. 162.

tema judicial brasileiro necessitou do aperfeiçoamento de um instrumento processual capaz de garantir a eficácia plena das decisões vinculantes do Supremo Tribunal, qual seja, a *reclamação constitucional*. Tal aperfeiçoamento, que consiste num alargamento da incidência do remédio, encontra-se no § 3º do art. 103-A da Constituição, incluído pela EC nº 45/2004.

Desde antes da Reforma do Judiciário a reclamação encontrava-se positivada no texto magno brasileiro, porém restringia-se sua utilização aos casos de preservação da competência e garantia da autoridade do STF e do STJ (art. 102, I, *l*, e art. 105, I, *f*, CF). Agora, porém, passa ela a ser empregada com mais uma função: a de garantir a aplicabilidade da súmula vinculante.

Conforme o § 3º do art. 103-A, o julgamento procedente da reclamação, ou seja, o reconhecimento de que houve afronta à súmula vinculante, produzirá as seguintes consequências: anulação do ato administrativo, cassação da decisão judicial e determinação de que seja proferida outra decisão com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

6. A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA POR MEIO DAS SÚMULAS VINCULANTES: MECANISMO DE RESPEITO AOS PRECEDENTES

Conforme Wambier, Almeida e Talamini, a uniformização de jurisprudência "*é um expediente cujo objeto é evitar a desarmonia de interpretação de teses jurídicas, uniformizando, assim, a jurisprudência interna dos tribunais*".⁴² Nas palavras de Greco Filho, "*o entendimento dominante (...) é o de que a uniformização de jurisprudência é apenas um incidente no julgamento de recurso ou processo de competência originária*

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo, 1999, p. 742.

dos tribunais".⁴³

De acordo com o artigo 476 do Código de Processo Civil, o incidente de uniformização de jurisprudência pode ser instaurado pelo juiz ou pela parte, incluindo-se aqui o Ministério Público, desde que este participe do processo.

Consoante Tereza Arruda Wambier, o fenômeno de “*dispersão jurisprudencial*” é uma tendência indesejável para o ordenamento jurídico, proporcionando ao jurisdicionado um cenário de incerteza e estimulando, pois, a litigiosidade. Deve-se deixar de lado a concepção de que o juiz do *civil law* não cria direito, pois este faz ao interpretar um conceito vago, ou quando decide com base em princípios, por exemplo. Mas essa liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, esta deve ser respeitada, sob pena de se afrontar o princípio da isonomia.⁴⁴

A jurisprudência não pode ser tida como uma jurisprudência lotérica, como uma jurisprudência “*banana boat*”⁴⁵ ou, numa variação de epíteto, como uma jurisprudência “*pegadinha do malandro*”, literalmente pregando “*peças*” nos jurisdicionados, que almejam, ao contrário, segurança jurídica.

À margem da cisão doutrinária acerca da constitucionalidade do chamado efeito vinculante, entretanto, a uniformização

⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro - 1º Volume*. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 372.

⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. (nota 9), p. 174.

⁴⁵ “(...) *Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.* Peço venia para acompanhar o Ministro Peçanha Martins. Com essas considerações e louvando-me nesse precedente da lavra do Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, peço vênias ao eminente Ministro-Relator para aderir à divergência. (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 382.736/SC, Voto vista do MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 07/10/2003, DJe 25/02/20014) [grifos nossos]

de jurisprudência representa tema de curial relevância, independentemente da força cogente que os precedentes exerçam. Como é sabido, a coercibilidade da norma encontra-se justamente na sua efetiva aplicação pelo Poder Judiciário, sendo que a uniformização reforça a segurança no próprio ordenamento jurídico, pois se reconhece desde logo pela sociedade a exegese da norma, consagrada pelas súmulas emitidas pelos Órgãos Colegiados.⁴⁶

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inevitável a troca de influências entre o *civil law* e o *common law*, mormente porque fazem parte do mesmo sistema ocidental, com a mesma tradição jurídica, mas que surgiram em circunstâncias políticas e culturais diferentes, gerando tradições particulares dos dois sistemas, bem como institutos e conceitos próprios.⁴⁷

Nada obstante, ao elevar a importância da jurisprudência, não houve uma coerência em nosso sistema, tal qual no direito norte-americano, permanecendo a incerteza e insegurança jurídica. Algumas razões podem ser elencadas: má técnica dos órgãos superiores ao elaborar precedentes; ausência de observância do *stare decisis* (razões da decisão); ausência de técnicas de distinção e superação do precedente (*distinguishing* e *overruling*); divergências jurisprudenciais dentro do mesmo órgão de cúpula; influências político-econômicas nas decisões e o aprendizado do estudante do *civil law*, que estuda por meio de conceitos, fontes, história, códigos, leis, sem dar a devida importância aos precedentes, o que reflete na formação de profissionais do direito que reproduzem tal modelo.

⁴⁶ KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi, Teresina*, ano 11, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8701>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁴⁷ CARNEIRO JUNIOR, Amílcar. *Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Gazeta Jurídica, 2012, cap. 3.

Mesmo nos países de tradição romano-germânica, para que sejam preservados os princípios da igualdade, segurança jurídica e efetividade, é necessária uma interpretação uniforme sobre o Direito, estabelecendo tratamento isonômico para casos iguais. Nesse contexto, o respeito aos precedentes começa a gozar de importância, em especial quando formam a jurisprudência dominante, ou quando se trata de um *leading case* – decisão que se tenha constituído em regra importante em torno da qual outras gravitam, criando um precedente, com força obrigatória para casos futuros.

As súmulas vinculantes são, nessa esteira, relevante mecanismo de uniformização de jurisprudência e consequentemente, de respeito aos precedentes. É preciso que os ministros de Tribunais Superiores afastem interpretações pessoais e passem a manifestarem-se de modo institucionalizado. Ressalte-se, porém, que a flexibilidade, a possibilidade de revisões ou cancelamentos, é de suma importância no sistema sumular vinculante, do contrário haveria uma estagnação da jurisprudência.

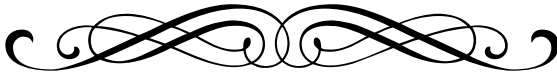
Conquanto se entenda que as súmulas vinculantes trazem uma série de benefícios, o uso de tal instituto deve respeitar estritamente os pressupostos previstos na Constituição e na sua lei de regência, sob pena de se desvirtuar a sua natureza, transformando-se o Judiciário em um verdadeiro órgão legislativo.⁴⁸

Finalmente, conclui-se que o direito não está imune a uma tensão entre a facticidade e validade. Entretanto, não se pode deixar que a *Weltschmerz*⁴⁹ nos atormente ao ponto de impedir de aprimorar nossas instituições e a tão sonhada segu-

⁴⁸ LEAL, Felipe Veit. Súmula vinculante: instrumento de uniformização jurisprudencial e de racionalização processual. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 51, dez. 2012. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.

⁴⁹ Termo cunhado pelo escritor alemão Jean Paul Richer, que designa o sentimento experimentado por alguém que entende que a realidade física nunca pode satisfazer as exigências da mente. Em termos simplórios, é a “depressão” causada ao ver o mundo como ele é e não como ele deveria ser consoante nossas convicções.

rança jurídica. Sem dúvidas, o respeito aos precedentes e as súmulas vinculantes são temas “da moda”, mas que necessitam de uma reflexão mais profunda e filosófica, caso contrário em que se esconderia um perigo filosófico de subestimação das obviedades, recalcando a reflexão em um conteúdo dogmático, não problematizado criticamente.



8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em 25 de junho de 2013.
- CARNEIRO JUNIOR, Amílcar. *Contribuição dos Precedentes Judiciais para a Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Gazeta Jurídica, 2012.
- CASTELLANOS, Angel Rafael Mariño; SILVESTRE, G. F. A reconstrução do papel do Supremo Tribunal Federal: interfaces da súmula vinculante e da reclamação constitucional. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 1. p. 7533-7551.
- COSTA, Taiz Marrão Batista da. *Súmulas vinculantes e democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em:

- <http://www.academia.edu/693590/Sumulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito>. Acesso em: 15 mai. 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. In: Fundamentos do processo civil., 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro - 1º Volume*. 9.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler, Volumes I e II, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. *Passado como futuro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edicoes 70, 1997.
- KIETZMANN, Luís Felipe de Freitas. Da uniformização de jurisprudência no direito brasileiro. *Jus Navigandi, Teresina*, ano 11, n. 1124, 30 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8701>>. Acesso em: 11 ago. 2013.
- LARANGEIRA, Marcelo Farias. *Breves considerações sobre a legitimidade democrática da súmula vinculante a partir da perspectiva discursiva*. Disponível em: <http://www.academia.edu/3264505/BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_A_LEGITIMIDADE_DEMOCRATICA_D A_SUMULA_VINCULANTE_A_PARTIR_DA_PERSPECTIVA_DISCURSIVA> Acesso em: 15 mai. 2013.
- LEAL, Felipe Veit. Súmula vinculante: instrumento de uniformização jurisprudencial e de racionalização processual. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 51, dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051>>

- /Felipe_Leal.html>. Acesso em: 11 ago. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*. In: Repro nº 184. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. In: Temas de direito processual civil: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A persistência do fator conciliador e a EC 33*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-04/diario-classe-persistencia-fator-conciliador-pec-33>>. Acesso em: 15 mai. 2013.
- TALAMINI, Eduardo. *Objetivação do controle incidental de constitucionalidade e força vinculante (ou “devagar com o andor que o santo é de barro”)*. In: Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier, Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins, vol. 12, Revista dos Tribunais: 2011.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: RT, 2004.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución en la Encrucijada (Palingsenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. In: Repro nº 172. São Paulo: RT, 2009.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Renato Correia de; e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 2.ed. São Paulo, 1999.