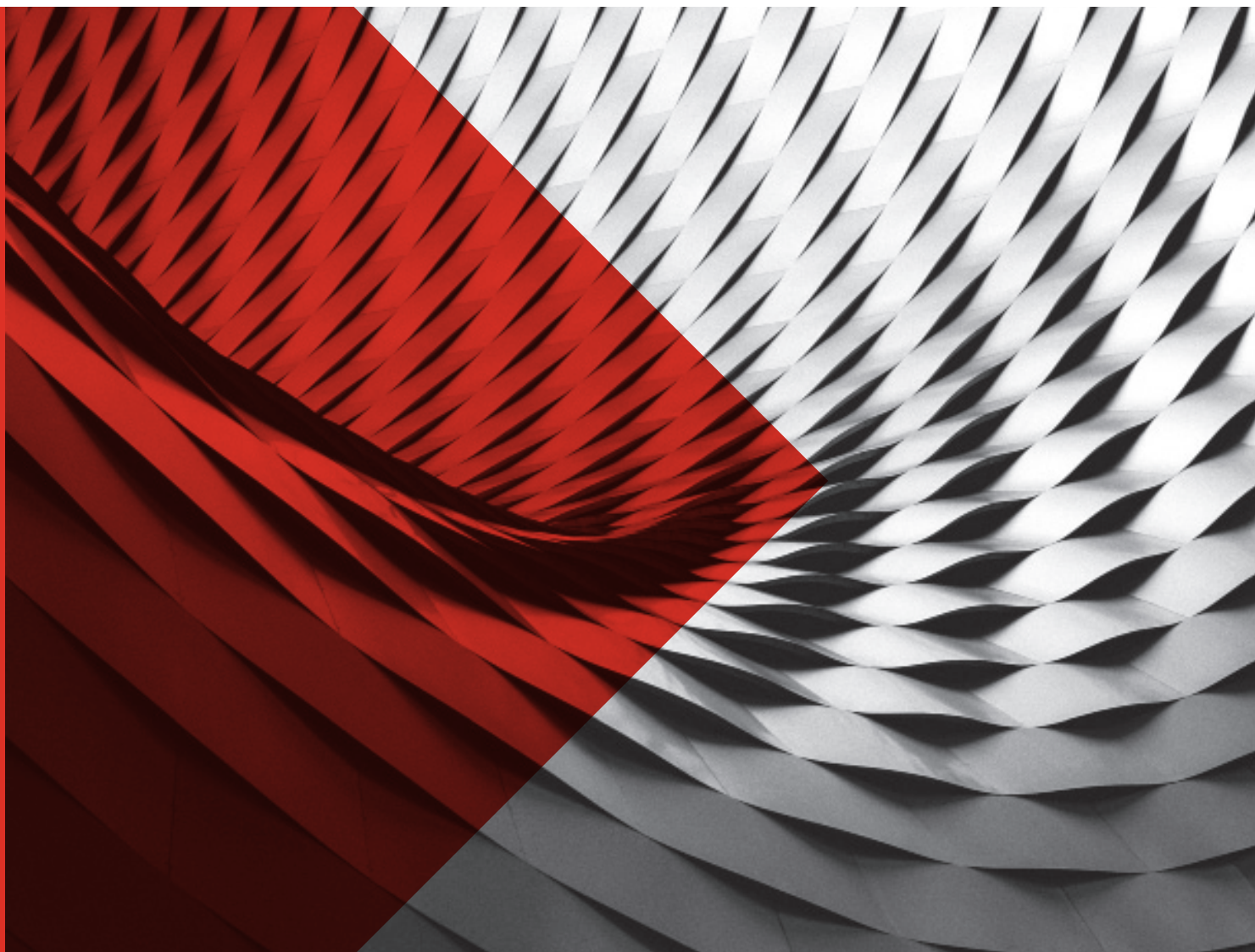


SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DAS FONTES DO DIREITO

NATÁLIA TORQUETE MOURA



SÚMULA VINCULANTE: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DAS FONTES DO DIREITO¹

Natália Torquete Moura

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO	1
II - FONTES DO DIREITO	3
III - A QUESTÃO DO PRECEDENTE	12
IV – SÚMULA VINCULANTE	22
V - CONCLUSÕES.....	51
VI - BIBLIOGRAFIA	54

I – INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo tratar do instituto introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº45 e regulamentado pela Lei nº11. 417, de 19 de Dezembro de 2006: a Súmula Vinculante. A relevância do tema escolhido deve-se ao fato da súmula ser um instituto que aponta no sentido de uma intercessão entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais: o Common Law e o Civil Law.

¹ O presente estudo corresponde, com algumas adaptações, ao relatório apresentado à disciplina Teoria do Direito Público do Curso de Mestrado em Direito, área de especialização ciências jurídico-políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da regência do Professor Dr. David Duarte, ano letivo 2006/2007.

A análise da súmula vinculante no âmbito do estudo da Teoria das Fontes do Direito é relevante visto que as fontes, como tradicionalmente são estabelecidas, são determinadas por diferentes perspectivas nos dois sistemas jurídicos referidos. Neste contexto, inicialmente trata-se dos entendimentos mais contemporâneos sobre a questão das fontes do Direito e analisa-se a questão dos precedentes, tanto no sistema do *Common Law* como no sistema continental, constatando-se nos últimos tempos uma aproximação entre os dois sistemas.

Posteriormente, aborda-se à questão do caráter normativo da súmula vinculante e se ela pode ou não ser considerada fonte do Direito. O último ponto refere-se a mais uma questão de teoria geral do direito, já que se observa o instituto da súmula vinculante sob a ótica da teoria pura do direito de Hans Kelsen.

Vale fazer uma breve delimitação do plano de estudo. O trabalho não tem por objetivo tratar da questão da normatividade da súmula vinculante e da ilegitimidade/legitimidade do Poder Judiciário para criar normas; também não pretende analisar uma possível violação do princípio da Separação de Poderes e, conseqüentemente, a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Súmula Vinculante. O objeto principal do trabalho é o ordenamento jurídico brasileiro. As outras ordens jurídicas citadas não o são com o caráter direito comparado, mas apenas com caráter exemplificativo e para esclarecimento de questões que se consideram relevantes à compreensão do tema. Foca-se principalmente numa análise doutrinária, não tendo por objetivo a análise da jurisprudência que, quando citada, tem apenas um caráter exemplificativo.

É importante destacar que a noção de direito adotada é no sentido de que a regulação jurídica esgota-se na norma com a sua composição tripartida, seja ela uma norma de princípio ou uma norma-regra². Isso porque se entende que a noção de fonte do direito que se adota esta diretamente relacionada com a noção de direito adotada³.

² É a posição de David Duarte, que afirma: “o direito é, apenas e só, um conjunto de normas, sejam princípios ou regras, integralmente compostas de previsão, operador deôntico e estatuição. A regulação jurídica, por isso, esgota-se na norma”. (*Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross*, 2002, cit. pp. 278-279).

³ Neste sentido, Ricardo Guastini. “*La noción material de fuente es conceptualmente dependiente de la noción de derecho (concebido como conjunto de normas) y, más específicamente, de la noción de norma concebida como prescripción general y/o abstracta*”. (*Concepciones de las Fuentes del Derecho*, 1999, cit. pp.81).

II - FONTES DO DIREITO

1 - As diferentes perspectivas de fontes do Direito

A afirmação da existência de um determinado elenco de fontes do direito estabelecido por uma determinada doutrina ou por um determinado ordenamento varia de acordo com a perspectiva de fontes do Direito que se adota, não sendo assim um rol pacífico⁴. Por isso, abordam-se resumidamente os entendimentos doutrinários sobre as fontes do Direito que se considera como os mais relevantes para o presente trabalho.

Aulis Aarnio afirma que o conceito de fontes do Direito refere-se apenas às razões que são utilizadas para justificar uma interpretação jurídica e que se dividem em razões de justificação jurídica *strictu sensu* e *latu sensu*. No sistema romano-germânico, costumam estar na primeira divisão apenas aquelas razões de justificação dotadas de autoridade, que são as leis e os costumes do país. Já no sistema anglo-saxão, uma fonte dotada de autoridade seria o precedente. Assim define fonte do direito como *toda razão – que de acordo com as regras geralmente aceitas na comunidade jurídica – pode ser usada como base justificatória da interpretação*⁵.

⁴ Também aponta o caráter polissêmico da expressão fontes do direito, Hans Kelsen: “*Fontes do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte do direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efectivamente, só costuma designar-se como fonte o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a produção. Neste sentido, da Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; é uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o direito. (...) A equivocidade ou pluralidade de significações do termo fonte do direito fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenómeno jurídico que se tem em vista*” (Teoria Pura do Direito, 1974, cit. pp. 323-324).

⁵ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 122-123. O autor faz uma lista do que seriam as fontes do Direito tendo em vista principalmente o ordenamento jurídico finlandês: (a) os textos legais; (b) a história legislativa do texto legal, ou seja, a busca pela vontade do legislador (*Travaux préparatoires*); (c) o direito consuetudinário; (d) as decisões dos tribunais; (e) os princípios gerais do direito e os princípios morais; (f) opiniões doutrinárias; (g) razões práticas ou chamados argumentos reais. No que diz respeito às decisões dos tribunais, são consideradas como fontes do Direito: às decisões dos tribunais supremos; às decisões judiciais a nível intermédio; e em alguns casos específicos, a prática de um tribunal inferior. O autor afirma ainda que a obrigatoriedade ou não de uma fonte depende do que está estabelecido em cada ordem jurídica. Desta forma, no ordenamento finlandês, a fonte dotada de maior

Ricardo Guastini denota duas principais noções de fontes: a noção material, que entende como fonte certos atos ou fatos em razão do seu conteúdo (se ato) ou do seu resultado (se fato), sendo um conceito geral que pretende valer para todos os ordenamentos desenvolvidos de um modo independente do conteúdo positivo de um ordenamento específico; já a noção formal pretende identificar certos atos ou fatos como fontes do direito sem ter em conta o seu conteúdo, e está relacionada com as formas de produção jurídica prevista em cada ordenamento individualmente. Nesta última noção, para ser fonte do direito é necessário apenas comprovar que o ordenamento de que se trata tem uma norma específica sobre a produção jurídica que autorize a um ato ou a um fato criar direito⁶.

O autor italiano ainda chama à atenção para uma variante da noção formal de fonte que é aquela que estabelece como fontes do direito todos os atos ou fatos a que uma norma jurídica atribui uma eficácia específica “*erga omnes*”. Nesta perspectiva, mesmo uma lei que não tenha um conteúdo normativo, na medida em que obriga os seus destinatários é fonte do direito. Em contrapartida, uma sentença não poderia ser fonte do direito porque vincula unicamente às partes⁷. No entanto, conclui o autor que a noção de fonte adotada pela maioria dos juristas não é clara já que, em sua maioria, a doutrina opta por utilizar uma noção mista de fonte do direito, incluindo nesse rol tanto os atos ou fatos que encaixam na noção formal de fonte, como os atos ou fatos que encaixam na noção material de fonte⁸.

Francisco Balaguer Callejón afirma que a disciplina das fontes tem por objeto a análise dos modos de produção do Direito. Desta forma, entende por fontes do Direito às categorias ou tipos normativos por meio dos quais se manifesta o processo de produção e aplicação do Direito, por meio da incorporação de normas jurídicas ao ordenamento. Assim, as fontes do direito constituem o ponto de transição entre a

autoridade é a lei; os *Travaux préparatoires* e as decisões dos tribunais têm uma vinculação fraca e a dogmática jurídica é apenas uma fonte permitida pelo direito (*Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 122 e ss.).

⁶ Vide Ricardo Guastini, *Concepciones de las fuentes del Derecho*, In *Distinguiendo*, 1999, cit. pp. 81-82 e 86.

⁷ Vide Ricardo Guastini, *Concepciones de las fuentes del Derecho*, In *Distinguiendo*, 1999, cit. pp. 87. O autor ainda afirma que “*Debe observar-se que, si se adopta esta noción de fuente, entonces, en el ordenamiento jurídico italiano, también ellas – igual que las leyes – despliegan, no una eficacia circunscrita al caso concreto resuelto (como, pongamos, las sentencias civiles) sino una eficacia general, erga omnes. Lo mismo debería decirse de toda decisión tomada por un órgano jurisdiccional administrativo (un tribunal administrativo regional, el Consejo de Estado) que anule un reglamento.*” (cit. pp. 87, nota de rodapé nº. 22).

⁸ Vide Ricardo Guastini, *Concepciones de las fuentes del Derecho*, In *Distinguiendo*, 1999, cit. pp. 88.

produção e a aplicação do direito⁹. Destaca ainda que, apenas é fonte do direito aquela norma que introduz regras que são eficazes, com caráter *erga omnes* no que diz respeito a todos os sujeitos do ordenamento. Afirma que este critério apontado é útil para analisar as normas criadas pela jurisprudência, permitindo verificar em que caso a atividade jurisdicional poderá ser considerada fonte do direito¹⁰.

Ainda na doutrina espanhola, tem-se o entendimento de Pedro José Gonzalez Trevijano. Este, apesar de concordar com o fato da expressão fonte do direito ter uma generalidade e elasticidade de contornos, o que gera certa confusão em torno desse conceito afirma, no entanto, que tal não é motivo para deixar de lado o seu estudo¹¹. O autor aponta quanto a essa problemática, o que considera a mais importante distinção conceitual, principalmente no que diz respeito ao seu objeto de estudo, que são os costumes, a existência de fontes de produção e fontes de cognição jurídicas como categorias bem diferentes. As primeiras, as fontes que criam ou fixam direito, e as segundas, são as que desempenham o papel de fazer as regras jurídicas cognoscíveis ou facilitam o seu conhecimento, mas não podem considerar-se como verdadeiros fatos normativos¹².

No Brasil, tem-se Miguel Reale, que parte da ideia de fonte do direito como estruturas normativas que implicam a existência de alguém com poder de decidir¹³.

Por sua vez, também na doutrina brasileira, Lenio Streck afirma que nos países filiados ao sistema romano-germânico, onde vigora o direito escrito, a lei é considerada a fonte primordial do direito. No entanto, entende que modernamente, além da lei são consideradas fontes do direito: o costume (mas este apenas é fonte do direito quando incorporado a lei escrita), a jurisprudência, a doutrina e os princípios gerais do

⁹ Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, 1991, cit. pp.63. Também tendo em conta o sentido aqui apresentado, Carlos de Cabo Martín afirma que o conceito de fonte comporta dois tipos de normas: as normas substantivas ou de conteúdo, através das quais tem lugar as distintas manifestações do Direito e as puramente formais, que regulam a forma como essas normas tem que ser produzidas, determinando o âmbito competencial e o procedimento a que se devem ajustar para surgirem validamente. Assim, o autor analisa às fontes nessa perspectiva, preocupando-se principalmente com o que denomina “la norma sobre (producción de) la reforma”. (*La Reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, 2003, cit. pp. 29).

¹⁰ Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del Derecho*, 1991, cit. pp.65.

¹¹ Pedro Jose Gonzalez Trevijano, *La costumbre en Derecho Constitucional*, 1989, cit. pp. 342.

¹² Pedro Jose Gonzalez Trevijano, *La costumbre en Derecho Constitucional*, 1989, cit. pp. 347.

¹³ Assim, entende que quatro são as fontes: a legal, resultante do poder estatal de legislar; a consuetudinária, expressão do poder social inerente à vida coletiva; a jurisdicional, que se vincula ao Poder judiciário; fonte negocial, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem (Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, 2003, cit. pp.224).

Direito. Dando uma atenção especial a questão da jurisprudência, afirma que esta é sempre subordinada à lei e, apesar de tentativas no sentido de revalorizá-la, configura-se no máximo em uma fonte mediata do direito. Assim, entende que no direito brasileiro a fonte principal é a lei (art.5º, II, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88), editada em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal e as Constituições dos Estados membros da federação¹⁴.

Já na Doutrina Portuguesa, há vários entendimentos sobre o conceito de fontes do Direito. Castanheira Neves traz uma crítica ao pensamento desenvolvido pela teoria tradicional das fontes que leva em conta a perspectiva político-constitucional, ou seja, quem é o titular do poder de prescrever imperativamente normas jurídicas obrigatórias¹⁵. Desta perspectiva tradicional, Castanheira Neves retira quatro conclusões, que demonstram o porquê que tal noção de fonte não é a mais adequada: a 1ª que o direito é imputado exclusivamente ao Estado, como seu único titular e criador; a 2ª que o problema das fontes é um problema político-constitucional, que por um lado trataria de identificar qual poder do Estado poderia criar direito, e por outro, de definir as formas, juridico-constitucionalmente admitidas, para essa criação; a 3ª é que, o sentido de fonte do direito nessa perspectiva, só pode ser a prescrição legislativa; a 4ª é que o conceito de fonte se restringe a um conceito formal – só as formas de prescrição importam não o conteúdo normativo prescrito¹⁶.

O mesmo autor traz o seu entendimento sobre as fontes do Direito dando outro enfoque a questão. Para ele, a juridicidade do direito deve ser pensada como um válido “*dever-ser que é*”. A vinculante *normatividade do direito* só é reconhecida com um fundamento de validade. Só se estará perante o direito se a sua normatividade incarnar histórico socialmente. Afirma assim que, “*o problema das fontes é saber de que modo, forma ou processo o direito se constitui e manifesta como vinculante normatividade vigente. E nesse sentido «as fontes do Direito são pontes de positivação», os modos pelos quais uma normatividade se torna direito positivo*”¹⁷.

¹⁴ Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, poder e Função*, 1998, cit. pp. 68,75 e 78.

¹⁵ Castanheira Neves, *Digesta*, Vol. 2, 1995, cit. pp. 38. A posição de que discorda é justamente a adotada, como acima referido, por Miguel Reale.

¹⁶ Castanheira Neves, *Digesta*, Vol. 2, 1995, cit. pp. 39.

¹⁷ Castanheira Neves. *Digesta*, Vol. 2, 1995, cit. pp. 8. Neste sentido, afirma o mesmo autor que a matriz constituinte da juridicidade está na experiência jurídica que pode ser do tipo consuetudinária, legislativa e jurisdicional, consoante o direito tenha a sua base constitutiva na tradição (através do costume ou de uma prática normativamente consuetudinária), na legislação (através de atos legislativos ou de formais prescrições normativas) ou na jurisdição (através das decisões jurisdicionais ou de juízos concretamente normativos). (cit. pp. 20).

Por sua vez Oliveira Ascensão também traz a sua perspectiva de fontes do Direito compreendendo-as como *modos de formação e revelação de regras jurídicas*, sendo assim, uma manifestação ou fenômeno social que tem o sentido de conter uma regra jurídica¹⁸.

Outra perspectiva das fontes do Direito na doutrina portuguesa é a de Fernando Bronze que as entende como todos os modos comprovados de constituição da normatividade jurídica vigente¹⁹.

Tendo em vista estes exemplos de diferentes perspectivas sobre as fontes do direito, percebe-se que o importante nessa questão, e para a compreensão do que será desenvolvido no trabalho, é estabelecer o conceito de fonte do direito que se adota para então listar-se quais são essas fontes, já que o elenco das fontes altera-se à medida que se muda a definição adotada.

2 - O conceito de fonte do direito adotado

Busca-se na doutrina portuguesa o conceito de fonte que nesse trabalho será utilizado por se entender o mais correto e adequado às questões que aqui serão desenvolvidas, além de ser o conceito compatível com a noção de Direito adotada, referida na introdução deste trabalho, já que esses conceitos devem ser compatíveis. Também se deixa claro que se parte do pressuposto da distinção entre norma e enunciado normativo²⁰.

Nesse contexto, o conceito adotado é o apresentado por David Duarte. Este autor afirma o conceito de fontes como normativo, por ser o *operador de linguagem técnico utilizado pelos enunciados das normas para descrever o que se disse em texto: em linguagem pouco precisa, os meios ou formas de produção de normas*²¹.

¹⁸ José de Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 2001, cit.pp. 240.

¹⁹ Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao Direito*, 2002, cit. pp. 684. Afirma assim que há três tipos paradigmáticos de experiência constitutiva da normatividade jurídica: a consuetudinária, a legislativa e a jurisdicional (cit. pp. 631).

²⁰ Não cabe neste trabalho fazer uma análise da distinção entre norma e enunciado normativo, já que corresponde à clássica distinção entre o texto e norma. Basta apenas lembrar que um mesmo enunciado normativo pode conter várias normas, mas que, no entanto não existe norma sem enunciado normativo. Este é o veículo de introdução das normas no mundo jurídico. Assim, pode haver um enunciado sem norma (o que não seria obviamente um enunciado normativo), mas a recíproca não é verdadeira, já que nunca haverá uma norma sem enunciado. Sobre essa distinção e as diversas espécies de enunciados, vide David Duarte, *A norma de legalidade procedimental Administrativa*, 2006, cit. pp. 64 e ss.

²¹ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, 2006, cit. pp. 56, nota n.2.

Assim, o autor afirma que o conceito tradicional de fonte do Direito apresentado no ponto anterior deste trabalho, principalmente no que se refere a Oliveira Ascensão e Castanheira Neves, padece de três problemas:

a) Um problema meramente linguístico, no sentido em que representa realidades distintas (pois trata de uma forma de produção e uma forma de revelação de normas).

b) O problema quanto a saber o que se produz e o que se revela na criação de normas: a partir do pressuposto da diferença entre enunciado normativo e norma, não se pode admitir que por fontes do direito se possa entender a produção e a revelação de normas jurídicas. À luz dessa diferença, não há uma única configuração aceitável desses termos, decaindo o sentido tradicional de fonte do Direito.

c) O problema de como qualificar os atos jurídicos quando contêm enunciados de decisão e não de normas²².

O autor entende que para a solução desses problemas contidos no conceito tradicional de fonte este deve ser entendido como relativo à sede da norma, ou seja, ao enunciado normativo que é a expressão de onde surge ou de onde se retira a norma²³. Desta forma, o entendimento é de que a norma é um significado que não se confunde com a forma da sua expressão e a integração de normas no conjunto normativo é feita através dessa expressão, independentemente da forma como esses enunciados podem ser produzidos, são as normas que constituem o direito e é essas expressões o ponto de partida para a sua determinação²⁴. Por isso, o conteúdo do

²² David Duarte, *Norma de Legalidade...*, 2006, cit. pp. 56-58. Também sugerindo a impropriedade linguística da expressão “fontes” para designar os modos de expressão do Direito, mas adotando um conceito de fontes muito diverso do seguido neste trabalho, R. Limongi França. O autor afirma que servindo a palavra fonte para designar o algo gerador de alguma coisa, o seu uso não é adequado neste ponto do Direito porque gera muitas confusões, visto que o objeto que se tem pela frente é antes os modos, as formas de expressão do Direito e não as suas fontes de produção. Assim, no seu entendimento, “a lei, o costume, etc., não geram, não criam, não produzem o Direito. O que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade humana. É esta que tomando conhecimento das imposições inadiáveis da realidade sócio-jurídica, se serve da organização política da nação, o Estado, para criar as leis. Do mesmo modo, já no terreno dos fatos (em contraposição ao do direito constituído) é ainda a vontade humana, conglomerada na Consciência Popular, que cria o costume. Assim, realmente, as fontes do direito propriamente ditas são o arbítrio humano e o Direito Natural. O Estado e a consciência popular (ou o povo) são apenas as causas instrumentais da elaboração do Direito. Ao passo que a lei, o costume, etc., são os modos, as formas, os meios técnicos de que lança mão a vontade humana para, através do Estado e da Consciência Popular, dar a conhecer, objectivar o direito suscitado pelas imposições naturais da vida em sociedade. (R. Limongi França, *Das formas de expressão do Direito*”, 1991, cit. pp. 67-68).

²³ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, cit. pp.59. São neste sentido os conceitos apresentados no ponto anterior por Aulis Aarnio e Ricardo Guastini.

²⁴ Por isso, o conceito apresentado por Francisco Balaguer Callejón, que afirma que a disciplina das fontes tem por objeto a análise dos modos de produção do Direito, não está de acordo com o sentido

conceito abrange apenas os enunciados normativos, sendo que só há um enunciado normativo quando um enunciado formulador de um sentido deôntico contenha efetivamente uma norma, sem prejuízo do ato jurídico em que o enunciado normativo se encontre²⁵.

A determinação do enunciado da norma como fonte do direito afasta do conceito as formas de produção desses enunciados que são os meios de criação das expressões do direito, sendo este um conceito autônomo. As formas de produção são basicamente duas:

- a) Os atos jurídicos
- b) O costume: que se divide em:
 - b.1) costume jurisprudencial
 - b.2) costume doutrinário

Delas não resultam necessariamente enunciados de normas, não podendo qualificá-las como fontes já que as formas de produção reportam-se tão somente à criação de enunciados que apenas *podem* conter normas. É este, portanto, o cerne da reconstrução do conceito de fonte do direito apresentado pelo autor: a fonte é a expressão da norma, ou seja, o *enunciado normativo* que se interpreta e que permite a revelação de uma norma existente num determinado conjunto normativo. Já a forma de produção de enunciados é coisa distinta que consiste apenas no meio através do qual os enunciados podem ser criados: as formas de produção de enunciados são os meios através dos quais se podem criar as formulações de sentidos de dever ser, sejam estes genéricos ou individuais²⁶.

Em face do exposto, entende-se que o conceito de fonte que deve prevalecer é o apresentado por David Duarte que é o de “*Fontes do Direito serem apenas os enunciados normativos, ou seja, as expressões de normas através das quais estas são integradas no conjunto, a partir de diferentes formas de produção de enunciados: só são fontes por isso os enunciados expressivos de normas (o texto, ou similar, onde as normas se encontram)*”²⁷.

que se adota, já que leva em conta as formas de produção e aplicação do direito. Também em sentido diferente do aqui apontado, como já foi referido, Castanheira Neves, *Digesta*, vol. 2, 1995; Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 2001; e Fernando Bronze, *Lições de introdução ao Direito*, 2002.

²⁵ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, cit. pp.59-60 e nota de rodapé nº 12.

²⁶ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, cit. pp.60 e nota de rodapé nº 14.

²⁷ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, cit. pp.870, nota de rodapé nº 44.

3 - Análise das fontes do direito de acordo com o conceito adotado

Na perspectiva apresentada, as formas de produção limitam-se apenas aos atos jurídicos e ao costume jurisprudencial e doutrinário²⁸. É importante destacar que nas hipóteses em que a forma de produção dos enunciados seja um costume é indispensável à convicção de obrigatoriedade. Esta sim trará o sentido deôntico ao enunciado, que só então será um enunciado de norma a partir do qual, poderá retirar-se uma norma.

Assim, a listagem trazida pelas diversas teorias das fontes do direito que engloba como fontes os textos legais, o direito consuetudinário; as decisões dos tribunais; os princípios gerais do direito; opiniões doutrinárias, fonte negocial, etc., não é a listagem adotada dentro do conceito de fonte que se segue, porque não são fontes do direito, mas sim, formas de produção dos enunciados que poderão vir a ser enunciados normativos se realmente contiverem o sentido deôntico indispensável para que contenham uma norma.

Percebe-se que o conceito adotado se aproxima mais da noção de fonte material (de acordo com conceito apresentado por Ricardo Guastini)²⁹. Não é um conceito aplicável apenas ao que se entende por fonte de acordo com o ordenamento Português, mas sim, é um conceito de Teoria Geral do Direito, aplicável a qualquer ordenamento, principalmente no que diz respeito aos ordenamentos do sistema continental.

Por isso, torna-se difícil e entende-se mesmo que não é cabível estabelecer uma “lista das fontes do direito” de acordo com o conceito adotado. Entende-se que, tendo em vista as formas de produção – ato jurídico e costume jurisprudencial e doutrinário – podem ser inúmeras as fontes do direito. Como se

²⁸ No mesmo sentido de entender o costume como forma de produção do direito, no entanto não desvinculado do conceito de fonte do direito, denominando-o assim como “*fente de produccin jurdica*” tendo nesse ponto entendimento diverso do que se adota, Pedro Jose Gonzalez Trevijano, que o define como “*fente de produccin jurdica, apta para establecer y fijar verdaderas normas de carcter jurdico, independientemente, al menos en teoria, del reconocimiento directo que de la misma pueda realizar mediata o inmediatamente el derecho legislado*” (*La costumbre en Derecho Constitucional*, 1989, cit. pp. 349).

²⁹ Relembrando a noção material e a que entende como fonte certos atos ou fatos em razão do seu conteúdo (se ato) ou do seu resultado (se fato) sendo um conceito geral que pretende valer para todos os ordenamentos desenvolvidos de um modo independente do conteúdo positivo de um ordenamento específico. (Ricardo Guastini, *Concepciones de las fuentes...*, In *Distinguiendo*, 1999, cit. pp. 81-82 e 86).

ressaltou, o conceito adotado não trata de uma noção de fonte formal, onde uma norma do ordenamento estabelece quais são as outras normas pertencentes a essa categoria de fontes.

Assim, os diversos atos jurídicos (leis em geral, regulamentos, atos administrativos, etc.) podem dar origem a diversos enunciados normativos e assim a diversas fontes. Quanto ao costume jurisprudencial (que é a forma de produção de enunciados que mais nos interessa já que só dele pode derivar fontes do direito que tenham como base decisões judiciais, sendo enunciados normativos em forma de textos jurisdicionais, o que se relaciona diretamente com a questão da súmula vinculante), destaca David Duarte que a expressão da norma através da afirmação da sua existência no ordenamento realizada numa decisão jurisdicional é apenas uma forma de enunciado, dado que o momento constitutivo do sentido deôntico que aí consta está na convicção de obrigatoriedade jurídica que lhe possa ser reconhecida: é assim que se cria a norma sendo essa convicção o meio pelo qual o texto inicial transforma-se num efetivo enunciado normativo. Desta forma, o costume jurisprudencial é uma variante do costume sob uma base de obrigatoriedade que resulta de um texto que só contém uma norma quando o seu conteúdo é reconhecido consuetudinariamente como tal. Assim, apenas após preencher certos requisitos como o da constância, é que se pode considerar a jurisprudência como categoria integrante do direito costumeiro³⁰.

Logo, exige-se da forma de produção costume, para que venha a produzir um enunciado normativo, o requisito essencial e indispensável de que seja obrigatório para todos, não sendo livre a sua observância ou não, tornando-se assim o enunciado do costume verdadeiro enunciado normativo, por conter verdadeiramente uma norma de direito. Assim, tem que levar implícita a ideia da obrigatoriedade (constituição do sentido deôntico). Não é um simples elemento que se acresce aos costumes, mas sim, elemento essencial a qualquer norma jurídica, sendo indispensável também uma convicção de que há uma necessidade jurídica, além de uma necessidade de conformidade com o Direito, sendo que um costume jurídico resulta assim de uma constante e uniforme maneira de fazer e da convicção de que tal comportamento é conforme ao direito, ou melhor, é direito³¹.

³⁰ David Duarte, *Norma de Legalidade...*, cit. pp. 62-63 e nota de rodapé nº 19.

³¹ Pedro Jose Gonzalez Trevijano, *La costumbre en Derecho Constitucional*, 1989, cit. pp. 34 e 97-98.

III - A QUESTÃO DO PRECEDENTE

1 - Noção de Precedente

Não constitui objeto deste trabalho a análise da rica problemática do precedente. Quer-se apenas estabelecer a noção que se tem desse instituto chamando à atenção para as características mais relevantes, e o mais importante, quando e qual é a força de vinculação de um precedente, principalmente no sistema romano-germânico do qual faz parte o ordenamento jurídico brasileiro, onde se desenvolve o peculiar instituto da súmula vinculante, e onde a regra é a da não obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais.

A questão de um precedente vincular ou não, relaciona-se principalmente com o que se entende por fontes do direito, ou seja, se as decisões judiciais são fontes do direito. Por isso, regra geral tem-se no sistema do *common law* os precedentes como uma das fontes principais do direito, vigorando assim o princípio do *stare decisis*. Já o sistema romano-germânico tem por regra a lei como fonte principal do direito, não tendo o precedente nem a jurisprudência desse sistema, em regra, caráter vinculante ou de obrigatoriedade.

De maneira geral, destaca-se a seguinte diferença entre o Precedente do sistema do *common law* e a Jurisprudência: esta é o conjunto das decisões dos tribunais (ou as máximas de decisões contidas na sentença) na resolução de casos concretos. É o conjunto uniforme e constante das decisões judiciais sobre casos semelhantes; Já o precedente anglo-americano é a própria decisão do caso concreto, elevada a fonte do Direito. Nem sequer se encontra na decisão um texto autonomizado, que individualize a máxima de decisão de casos futuros. Há que examinar toda sentença para poder abstrair a *ratio decidendi*, que valerá como futuro critério de decisão. Pode-se assim dizer que o *precedent rule* pressupõe efetivamente que a fonte se encontra na decisão do caso concreto³².

³² José de Oliveira Ascensão, *Os acórdãos com força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do Direito*, 1986, cit. pp. 250. Também trazendo um contraponto entre precedente e jurisprudência, Leonor M. Moral Soriano afirma que “*la jurisprudencia, al igual que los precedentes, proporcionan ejemplos de como interpretar el derecho; están revestidos de cierta autoridad; y su pilar básico es el principio de igualdad formal, es decir, que casos iguales tengan un tratamiento similar. Sin embargo la jurisprudencia continúa siendo considerada con una técnica de control de la uniformidad*”.

No entanto, vale observar que cada vez mais há uma convergência do sistema de precedente do *common law* com o sistema romano-germânico, no sentido de um incorporar características do outro. Isso ocorre com a crescente valorização do direito legislado nos países do *common law* e principalmente com a adoção, cada vez maior, de institutos com caráter vinculante e de origem jurisprudencial nos países de tradição romanista³³. Na verdade, não há mais que se afirmar uma estanque diferença entre a interpretação jurisdicional continental e o *common law*, segundo a qual só este criaria normas gerais. A jurisprudência constitucional continental tem, cada vez mais, dada importância aos seus precedentes. A decisão de um Tribunal Constitucional, a partir do momento em que ultrapassa o caso concreto e passa a ser considerada um precedente de futuras decisões, torna-se norma geral. Assim, por exemplo, tanto o Tribunal Constitucional dos EUA como o Tribunal Constitucional de Espanha ou o Supremo Tribunal Federal do Brasil utilizam em suas sentenças o argumento do seu próprio precedente como um determinante.

Assim, far-se-á uma breve análise do precedente nesses dois sistemas para compreender como se dá cada vez mais essa interação.

2 - Precedente no Common Law

Qualquer estudo sobre o sistema da *Common Law* deve começar pelo estudo do Direito Inglês, já que esse sistema é resultado da atividade dos Tribunais Reais de Justiça da Inglaterra a partir da conquista normanda. Tradicionalmente, sabe-se que o direito Inglês considera o Direito Legislado (*statute law*) algo secundário ao trabalho dos juízes, estes sim, que estabeleceram os princípios gerais do direito, já que este direito é eminentemente de base jurisprudencial. No entanto, chama-se à atenção para o fato de que a proliferação de leis vem fazendo do *statute law*, cada vez mais, um elemento não subsidiário, mas complementar do *Common Law*, o que é um sinal de alteração dos moldes desse tradicional sistema³⁴.

na aplicación del derecho, mientras que los precedentes son considerados técnicas de argumentación jurídica. (Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes, 2000, cit.pp.149).

³³ É a conclusão dos doutrinadores que se ocupam do estudo comparado dos precedentes nesses dois sistemas. No sentido apresentado ver Francisco J. Laporta, *Vindicación del precedente judicial en España*, 1997, cit. pp. 268.

³⁴ Desenvolvendo de forma ampla às características do sistema do *Common Law*, no mesmo sentido aqui esboçado neste parágrafo, ver René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*,

Nesse sentido, a doutrina britânica lista como fontes do direito constitucional a legislação (*Acts* e *statutes*); fontes de *common law* (regras consuetudinárias, prerrogativas regias, decisões judiciais e princípios de interpretação constitucional); convenções da Constituição; Normas e costumes do parlamento; Direito comunitário e Doutrina autorizada. E direito inglês sustenta-se em dois princípios: o da vinculação do precedente judicial (*stare decisis*); e o da supremacia do parlamento³⁵.

No contexto apresentado, no sistema anglo-saxão criou-se a regra dos precedentes obrigatórios (*stare decisis*) que têm autoridade por si só, e que se baseia no princípio de que, em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, isto é, deve seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores que estão perfeitamente estabelecidos e são tendencialmente absolutos, muito embora estejam sujeitos a serem afastados em casos restritos. Desta forma, o juiz não se remete às decisões do precedente como uma simples orientação, mas sim é obrigado a aplicar as regras que passam a conter tais decisões. O quê vincula e torna regra na norma do precedente é a parte correspondente ao princípio legal que é essencial a decisão sendo a parte substancial e realmente vinculante do precedente, a chamada *ratio decidendi* do caso³⁶.

A *ratio decidendi* que é definida pelos juristas anglo-americanos como o princípio geral que justifica o caso – pois todo precedente é visto como a concretização de um princípio – deve, antes de mais, ser determinada, para se verificar a sua validade em casos semelhantes. Há, pois, que abstrair de cada caso qual é o princípio contido na decisão³⁷. Assim, diferencia-se a *ratio decidendi* da *obiter dicta*, que é a parte contida na decisão não referente aos seus fundamentos.

Deve-se distinguir nesse sistema a posição do Tribunal:

- a) perante os precedentes dos tribunais inferiores;
- b) perante os precedentes dos tribunais paralelos;
- c) perante os seus próprios precedentes: hoje rege o princípio de que não há vinculação absoluta de um tribunal à sua própria maneira de julgar. Até 1966 entendia-se que a Câmara dos Lordes estava estritamente vinculada aos seus

1978. Também neste sentido, mas tratando do sistema anglo-americano, ver Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro, Eficácia, poder e Função*, 1998, cit. pp. 37 e ss.

³⁵ José M.^a Lafuente Balle, *La Judicialización de la interpretación constitucional*, 2000, cit. pp.158.

³⁶ Também neste sentido, vide Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, poder e Função*, 1998, cit. pp. 48.

³⁷ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema jurídico Anglo-Americano*, 1974, cit. pp. 51.

precedentes. No entanto, uma declaração solene nesse ano deu a conhecer que a Câmara dos Lordes poderia afastar-se dessa regra se as razões justificassem³⁸.

d) perante os precedentes de tribunais superiores: as decisões da Câmara dos Lordes devem ser observadas por todas as outras jurisdições, salvo excepcionalmente, por ela própria³⁹. Em Inglaterra, os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores, ou seja, a *Supreme Court of Judicature* e a Câmara dos Lordes, as emanadas de outros órgãos podem ter um caráter de persuasão, mas não constituem precedentes obrigatórios.

Observa-se também que a aplicação do princípio do *stare decisis* tem duas direções jurisprudenciais. Uma primeira, estrita e literal, que sustenta que um caso só pode ser citado como precedente de outro quando, em ambos, os fatos discutidos sejam substancialmente iguais. A segunda mantém que os tribunais estão sujeitos pelos precedentes invocados pelas partes, salvo quando se possam argumentar diferenças relevantes com relação aos fatos do caso litigioso⁴⁰.

Nesse sistema torna-se frequente os tribunais superiores pronunciarem regras destinadas a pautar a atuação dos tribunais inferiores, o que não faz parte da tradição romanista⁴¹.

Nos Estados Unidos existe a mesma regra do *stare decisis*. No entanto, não apresenta o mesmo rigor da inglesa⁴². Naquele país, a decisão judicial tem como função estabelecer um precedente em face do qual um caso análogo, a surgir no futuro, será provavelmente decidido dessa forma. Há uma limitação à aplicação dessa regra, já que, o Supremo Tribunal e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados as suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência. Apesar da existência dessa regra, pode-se dizer que atualmente a lei escrita e as decisões judiciais estão em plano de igualdade nos Estados Unidos, já que a maioria dos casos está baseada em lei, ou então, estão mesmo próximos de uma lei⁴³.

³⁸ Neste sentido, José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema jurídico Anglo-Americano*, 1974, cit. pp. 47; e René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 1978, cit. pp. 343 e ss.

³⁹ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema...*, 1974, cit. pp. 46.

⁴⁰ Apresenta estas correntes jurisprudenciais José M.^a Lafuente Balle, *La Judicialización de la interpretación constitucional*, 2000, cit.pp.158.

⁴¹ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema...*, 1974, cit. pp. 48.

⁴² Tratando do Fundamento histórico do Direito Americano, Harold J. Berman, *O fundamento histórico do Direito Americano*, 1963, cit.pp. 11. e ss.

⁴³ Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro...*, 1998, cit.pp. 61. Tratando do papel do Juiz no Direito Americano, John P. Dawson, *As funções do juiz*, 1963, cit.pp. 22 e ss.

A regra do precedente nos Estados Unidos abrange autoridade obrigatória às decisões dos tribunais superiores da mesma jurisdição e das decisões do próprio tribunal. No entanto, vale observar que no direito norte-americano, os precedentes não são aplicados de forma automática. Eles devem ser analisados minuciosamente para que seja estabelecido se existem semelhanças de fato e de direito entre os casos em questão. Isso para determinar se o princípio deduzido no precedente constitui-se nos fundamentos da decisão, pois só esse merece reconhecimento e acatamento com força vinculativa⁴⁴.

3 - Precedente no sistema romano-germânico

O diferente grau de importância atribuído a obrigatoriedade das decisões do Poder Judiciário e a questão do entendimento sobre fontes do direito é que diferencia, em grande medida, o sistema romano-germânico do sistema anglo-saxão. Ao contrário da regra do precedente existente neste sistema, no direito continental prevalece o preceito de que o legislador, através da lei, estabelece comandos com validade *erga omnes*, enquanto a jurisprudência produto do trabalho dos juízes, em regra, tem apenas condão de gerar efeitos *inter partes*. Mas como já foi dito, cada vez mais se dá maior importância ao papel desempenhado pelo precedente e pela jurisprudência nos sistemas continentais.

No sistema continental, de modo geral, constitui um “precedente” da interpretação jurídica toda decisão judicial anterior que tenha alguma relevância para o juiz que deve resolver o caso. Essa noção é ampla já que não faz a limitação de considerar como precedentes apenas aquelas decisões emanadas dos Tribunais Superiores⁴⁵.

Nesta noção ampla, ensina Eduardo Sodero que os precedentes podem provir de tribunais de estranha jurisdição, da mesma jurisdição, de tribunais supranacionais ou internacionais, ou do próprio tribunal. Há ainda os precedentes que devem, os que deveriam, e os que podem ser considerados pelo juiz⁴⁶. Também neste

⁴⁴ Lenio Streck, *Súmula no Direito Brasileiro...*, 1998, cit. pp. 61.

⁴⁵ Eduardo Sodero, *Sobre el cambio de los precedentes*, 2004, cit. pp. 220.

⁴⁶ Eduardo Sodero, *Sobre el cambio de los precedentes*, 2004, cit. pp.221. O autor trata das hipóteses de alteração dos precedentes e afirma que cada classe de precedente tem as suas próprias regras para o seu abandono. O autor afirma como classe de precedentes: os precedentes interpretativos, os precedentes incorretos, os inconstitucionais ou ilegais e os chamados inferiores (cit.pp. 233-237).

sentido, afirma Oliveira Ascensão que a autoridade do precedente pode ser natural, persuasiva ou vinculativa⁴⁷.

No sistema romanístico, tradicionalmente, o precedente tem uma autoridade natural, ou seja, podem ser, ou em alguns casos, deveriam ser considerados pelo juiz. Dessa forma, o precedente acrescenta sempre algo à ordem jurídica e desfruta de autoridade, no entanto, esta não é independente da apreciação crítica da decisão, e não subsiste de certo se um erro for porventura demonstrado. Assim, é sempre possível uma viragem da jurisprudência sem que os juízes estejam obrigados a justificá-la. A jurisprudência apenas subsiste e é aplicada enquanto cada juiz a considere como boa. Concebe-se que nestas condições se hesite em falar na existência de uma regra⁴⁸.

Nesse contexto tradicional, a regra do precedente é contrária à tradição dos sistemas continentais, já que em lugar de confiar aos juízes à elaboração de um sistema de direito original aceita o modelo pré-fabricado do direito romano. A regra de direito tem sido sempre considerada nos países da família romano-germânica como devendo ser de origem legislativa. Busca-se nos países da família romano-germânica a fórmula de que a jurisprudência poderia até ser fonte do direito, mas não fonte de regras de direito⁴⁹.

No sistema apresentado, entre regras de direito jurisprudencial e regras de direito formuladas pelo Legislador existem importantes diferenças:

1ª: A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito jurisprudencial sendo limitada. Neste aspecto a situação nos países da família romano-germânica é exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common Law*;

2ª: As regras de direito estabelecidas pela jurisprudência não tem a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis susceptíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie. A jurisprudência não está vinculada pelas regras que ela estabeleceu. Se numa nova decisão os juízes aplicam uma regra que já tinham anteriormente aplicado, isto é em razão da autoridade que essa regra de fato adquiriu, mas, com efeito, ela não tem nenhum carácter imperativo.

⁴⁷ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema...*, 1974, cit. pp. 45.

⁴⁸ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema...*, 1974, cit. pp. 45.

⁴⁹ René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 1978, cit. pp. 146-147.

Assim, a regra é que os precedentes que provêm de jurisdição estranha ou da mesma jurisdição com hierarquia igual ou inferior funcionam como exemplos, sem que exista nenhuma obrigação. Já o emanado de tribunais de hierarquia superior tem a distinção da obrigatoriedade, que como afirma Alves Aarnio, pode ser legal ou fática. Na primeira hipótese, o juiz pode ser acusado de mau desempenho das funções se desconsiderar o precedente, estando esta inobservância legalmente sancionada. Na segunda, a força do precedente tem apenas um caráter de diretriz⁵⁰.

Também há diferenças entre um precedente horizontalmente vinculante que vincula (seja legal ou de fato) a jurisprudência posterior do mesmo corpo jurisdicional; e o precedente verticalmente vinculante que se refere aos efeitos das decisões de um tribunal superior nas jurisdições dos tribunais inferiores⁵¹.

No entanto, a inobservância de um precedente é permitida quando haja razões materiais suficientes. Assim, se o juiz considerar que um determinado caso não pode ser decidido com base em um único precedente anterior por possuir características particulares, sendo todo o material jurídico relevante para a discricionariedade judicial, tal deve ser levado em conta⁵².

Contrariamente ao tradicionalmente admitido, cada vez mais alguns países do sistema continental tornam obrigatório para os juízes seguir um precedente ou uma linha de precedentes, no que diz respeito à matéria constitucional, e com o objetivo de unificação de jurisprudência.

Assim, a autoridade do precedente liga-se na Alemanha, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional que são, por essa razão, publicadas no Jornal Oficial Federal. Nesse país considera-se que quando uma regra tenha sido consagrada por uma jurisprudência constante (*Standige Rechtsprechung*), ela se transforma numa regra consuetudinária, devendo, a este título, ser aplicada pelos juízes. Na Argentina, a autoridade do precedente liga-se às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria Constitucional. Na Suíça, os Tribunais Cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente já foi reconhecida em Portugal quando do instituto dos assentos que eram decisões proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, logo que eram publicadas no Jornal Oficial e no Boletim do Ministério da

⁵⁰ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 126.

⁵¹ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 126.

⁵² Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 127.

Justiça⁵³. Na Espanha admite-se um recurso para o Supremo Tribunal contra uma decisão judiciária, se esta decisão violou a doutrina legal, isto é, a jurisprudência estabelecida por várias decisões do Supremo Tribunal.⁵⁴

Também seguindo essa linha, no Brasil tem-se o novel instituto da súmula vinculante. Mesmo antes, já era previsto no art. 102, I, alínea I, o instrumento processual chamado reclamação que permite, quando não observada determinada súmula do STF (Supremo Tribunal Federal) ou suas decisões com efeito *erga omnes*, a interposição de recurso a esse Tribunal alegando a inobservância das suas decisões e visando a garantia da autoridade das mesmas⁵⁵. O referido instrumento também tem aplicação no que diz respeito à súmula vinculante, já que a disciplina desta prevê que do ato administrativo ou decisão que a contrariar caberá reclamação ao STF, que julgada procedente, anulará o ato ou cassará a decisão reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art.103-A, §3º da CF/88 e art.7º da lei nº11. 417, de 19 de Dezembro de 2006).

Além dessa disposição constitucional, a lei que regulamenta a súmula vinculante acrescenta que a reclamação não exclui outros recursos ou meios admissíveis de impugnação (art.7º, *caput*) e acrescentou os artigos 64-A e 64-B a lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal. O art. 64-B prevê:

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar às futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

⁵³ Tratando do instituto dos assentos vide, por exemplo, António Menezes Cordeiro, *Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos*, 1996; Mônica Jacqueline Sifuentes, *Uma abordagem pragmática do ato jurisdicional normativo: os assentos e as súmulas vinculantes*, 1999.

⁵⁴ René David, *Os Grandes Sistemas...*, 1978, cit. pp. 156-157. Também neste sentido, Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro...*, 1998j, cit. pp. 70.

⁵⁵ Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

I – processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

Em face das disposições legais referidas, a súmula vinculante é entendimento do STF ao qual é atribuído caráter vinculante e efeito *erga omnes* sendo legalmente prevista a sanção à sua desobediência⁵⁶.

Assim, nos dias de hoje os tribunais do sistema romano-germânico que exercem a função de controle de constitucionalidade estão sempre adequando as suas decisões aos seus precedentes ou autoprecedentes. Por isso, não há lugar para a tradicional diferenciação estanque entre precedente no sistema continental e no sistema anglo-saxão, segundo a qual, só os precedentes deste é que criariam normas gerais. Desta forma, as sentenças dos tribunais constitucionais operam como norma entre as partes, mas a partir do momento que é utilizada como precedente de futuras sentenças torna-se norma geral⁵⁷. Há entendimento da doutrina Espanhola que afirma ser a jurisprudência e o precedente, dentre as fontes do direito, os elementos que mais influenciam os argumentos utilizados pelo Tribunal Constitucional para fundamentar suas decisões. Nesse contexto, tanto no sistema romano-germânico como no anglo-saxão, o precedente jurisdicional vai determinar o grau de vigência da norma⁵⁸.

Em face do quadro apresentado, há entendimento na doutrina romanista no sentido de que a jurisprudência é o conjunto de normas vigentes (resoluções judiciais) criadas pelos juízes, sendo realmente vigentes quando passam a ser aplicadas pelos tribunais. No entanto, não seria necessária uma reiteração de fatos, mas apenas que haja boas razões para afirmar que a norma seria aplicada no caso de apresentar-se correspondente situação. Nesse sentido, a jurisprudência não consiste, para o entendimento apresentado, em uma reiteração de fatos em determinado sentido. Entender a jurisprudência como conjunto de normas a aproxima da questão do precedente, já que este nada mais é do que o produto de um processo de generalização e categorização feito pelo juiz que o aplica. Deste modo, mesmo no sistema romano-germânico, os juízes vêem a necessidade de realizar um exercício típico dos juízes do

⁵⁶ No sentido apresentado, pode-se dizer que no Brasil os precedentes do STF, as súmulas tradicionais e a súmula vinculante, têm força obrigatória geral de caráter legal, conceito apresentado por Aulis Aarnio, como já referido anteriormente. (*Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp. 126).

⁵⁷ Vide neste sentido, José Maria La Fuente Balle, *La Judicialización de la Interpretación Constitucional*, 2000, cit. pp. 49. O autor espanhol entende que para o Tribunal Constitucional o próprio precedente tornou-se a fonte mais importante do direito, na medida em que o Tribunal Constitucional monopoliza a interpretação vinculante da Constituição, sendo suas sentenças irrecorríveis. O autor entende ainda que, no caso do direito espanhol, o melhor seria estudar o direito constitucional de acordo com o método dos países do sistema anglo-saxão (cit. pp. 50).

⁵⁸ Neste sentido, ver José Maria La Fuente Balle, *La Judicialización de la Interpretación Constitucional*, 2000, cit. pp. 49. Também defendendo a gradativa importância dada ao precedente nos sistemas continentais, Francisco J. Laporta, *Vindicación del Precedente Judicial en España*, 1997, cit. pp. 267 e ss.

sistema *commow law* para destacar na sentença o que seria a *ratio decidendi* do caso, e o que são meramente enunciados que não fazem parte do fundamento da decisão (*dictum*).

Assim, a *ratio decidendi*, no sistema romano-gêrmanico e de acordo com a terminologia aqui utilizada, equivaleria à norma que serve de fundamento para a tomada de decisão e com base na qual a sentença poderá ser considerada uma norma geral⁵⁹. Dessa forma, analisando a questão da sentença judicial e a criação do direito, afirma Eugenio Bulygin que o que confere a sentença o valor de precedente, convertendo-a assim em fonte do direito, são as premissas, os fundamentos por ela utilizados, que são as normas gerais⁶⁰

Não muito distante do entendimento acima referido, afirma Aulis Aarnio que o caso jurídico não tem nenhum peso como precedente: apenas a regra jurídica vinculada ao caso é que o tem. Consequentemente, o caráter de precedente de uma decisão judicial reside em que os outros órgãos jurisdicionais, quando tomam uma decisão em um caso posterior similar, apliquem a norma formulada no caso anterior. Assim, a força do efeito vinculante depende da probabilidade dos tribunais, em sua discricionariedade judicial, aderirem de fato à decisão⁶¹. Destaca ainda que o efeito vinculante de fato dos precedentes de uma determinada ordem jurídica reforça a unidade da jurisprudência nacional e aumenta a segurança jurídica de que gozam os cidadãos⁶². Nesse contexto, o autor considera as seguintes decisões como fontes do direito: as dos Tribunais Supremos (que na Finlândia corresponde a Corte Suprema e a Corte Administrativa Suprema) e as decisões a nível judicial intermediário (decisões da Corte de Apelação especialmente se não é possível delas apelar para o nível supremo)⁶³.

Concorda-se com o entendimento dos autores supra referidos, no sentido de que a jurisprudência é o conjunto de normas de produção judicial vigente, entendida essa vigência como a efetiva aplicação das normas pelos tribunais nos casos

⁵⁹ O entendimento apresentado é de Eugenio Bulygin, que entende as sentenças como normas de caráter geral e não de caráter individual (*Sentencia judicial y creacion de derecho*, In. Análisis lógico y Derecho, 1991, especialmente cit.pp. 360-362). Traz um histórico sobre a origem da jurisprudência, Rolando Tamayo y Salmorán, *Jurisprudencia y formulación Judicial del Derecho*, 2004, cit.pp. 195 e ss.

⁶⁰ Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y creacion de derecho*, 1991, cit.pp. 358.

⁶¹ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, 1991, cit. pp.129.

⁶² Aulis Aarnio. *Lo racional...*, 1991, cit. pp. 126-127. Tratando da importância da jurisprudência – definindo-a como “*reglas interpretativas que se desprenden de resoluciones judiciales*” – para a relação entre uniformidade da aplicação do direito e o princípio da segurança jurídica, Leonor M. Moral Soriano, *Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoria de los precedentes*, 2000, cit. pp.123-125.

⁶³ Aulis Aarnio. *Lo racional...*, 1991, cit. pp.130.

semelhantes em que seja cabível, não consistindo a jurisprudência em uma mera reiteração de fatos em determinado sentido. No entanto, julga-se que o requisito da reiteração – mesmo não caracterizando a força normativa dos precedentes – é no mínimo um importante aspecto de identificação. Isso porque, só quando se tem mais de uma decisão será possível identificar qual é realmente a norma criada pela jurisprudência. E nesse sentido é possível entender a jurisprudência e o precedente não como fontes do direito, mas sim, como formas de produção de enunciados normativos, esses sim, as verdadeiras fontes. Daí entender-se ser possível que a jurisprudência contenha uma fonte do direito, desde que dê origem a um enunciado normativo⁶⁴.

IV – SÚMULA VINCULANTE

1 - Apresentação do Instituto

A Emenda Constitucional nº45, de 08 de Dezembro de 2004, mais conhecida como a emenda que introduziu a “Reforma do Judiciário” no Brasil, acrescentou à Constituição o artigo 103-A, regulamentado pela Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo STF. Estabelece essa lei:

Art.2º. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei⁶⁵.

§ 1º. O enunciado da súmula terá por objecto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que

⁶⁴ No sentido da importância do requisito da reiteração, ver Francisco L. Laporta, *Vindicación del precedente Judicial en España*, 1997, cit. pp.267.

⁶⁵ Mesma redação do art. 103-A da CF/88.

acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão⁶⁶.

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

Estabelece ainda que:

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.

(...)

§ 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.

Os principais argumentos apresentados para a introdução de tal instituto no direito brasileiro são no sentido de resgatar a efetividade do processo judicial, por meio da atribuição de um caráter obrigatório ao entendimento fixado pelo Pretório Excelso, vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo, os quais estarão restringidos à análise de aspectos fáticos. Tudo isso com o objetivo de reduzir o lapso temporal do trâmite procedimental para uma maior celeridade da atividade procedimental no judiciário e na Administração Pública. Funda-se assim o instituto em três princípios: a segurança jurídica da nação, a isonomia e a celeridade processual⁶⁷.

De acordo com sua disciplina, as súmulas só poderão surgir após *reiteradas decisões* sobre normas acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre estes e a Administração, desde que essa situação acarrete grave *insegurança jurídica* e concomitantemente implique em multiplicação de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do número de processos judiciais.

Tal instituto se apresenta, como afirmado no ponto anterior deste trabalho, como a aproximação dos dois modelos clássicos de sistemas jurídicos: o

⁶⁶ Redação semelhante à do art. 103-A da CF/88.

⁶⁷ Neste sentido, Leonardo Vizeu Figueiredo, *Súmula Vinculante e a Lei n.º11.417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema*, in Revista Brasileira de Direito Público, 2007, cit.pp.112 e 117; Eduardo Christini Assmann, *A súmula vinculante e a súmula impeditiva de recurso*, in Interesse Público, 2007, cit.pp.86.

continental e o anglo-saxão, já que, numa conceituação inicial, pode-se afirmar que a súmula vinculante é um enunciado emitido pelo STF – órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro que tem eminentemente competência para matéria constitucional, sendo o guardião supremo da constituição, mas que, no entanto, não tem o caráter de corte constitucional do Tribunal Constitucional Português – com força vinculatória obrigatória, por força de lei, para os demais órgãos do Poder judiciário e para Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas, sob pena de cassação da decisão judicial e anulação do ato administrativo.

Apesar de surgir de casos concretos – ou seja, de julgamentos do STF no controle concreto-difuso de constitucionalidade – este é projetado para um plano secundário, fazendo-se objeto do enunciado da súmula o entendimento que deve ser dado ao preceito de caráter geral, nas hipóteses de sua aplicação em casos particulares, dotado, portanto, o julgamento, de generalidade. Assim, ocorre um processo de objetivização dos casos julgados, donde irá se originar o enunciado da Súmula Vinculante.⁶⁸.

2 - Diferença entre a súmula vinculante e as tradicionais súmulas do STF

Ao contrário do instituto da súmula vinculante acima apresentado, as tradicionais súmulas do STF são somente a expressão de entendimentos reiterados desse Tribunal Supremo. Nada mais são que expressões sintetizadas de entendimentos consolidados nessa Corte⁶⁹.

Dessa forma, as tradicionais súmulas do STF, nada mais são que uma sinopse da jurisprudência predominante, isto é, do processo de edição de enunciados por parte do STF, que vão traduzir a orientação jurisprudencial do mesmo, sendo repositório oficial da jurisprudência desse Tribunal (art.99 do Regimento Interno do STF - RISTF), como bem estabelece o seu regimento interno: “Art.102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal”.

Ou seja, o STF, quando há um consenso sobre uma linha jurisprudencial, sintetiza tal entendimento através de um enunciado de “súmula”, que não tem qualquer

⁶⁸ Neste sentido ver Calmon de Passos, *Súmula vinculante*, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>.

⁶⁹ Entendimento manifestado no acórdão da ADPF-AgR 80-7 de 12/06/2006. TRIBUNAL PLENO. DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. EROS GRAU. Disponível em www.stf.gov.br.

caráter cogente, não obrigando nem os seus próprios ministros nem os julgadores dos outros órgãos do Poder Judiciário. As tradicionais súmulas do STF têm apenas um caráter de mera orientação, não vincula os membros do Judiciário a tal entendimento, que podem contrariá-lo desde que fundamentadamente.

Assim, apesar de não negarmos a influência exercida pelas súmulas, tais enunciados têm uma influência no máximo persuasiva, indicativa, mas não normativa como o caráter apresentado pelo novel instituto da súmula vinculante.

Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso entende que as súmulas não obrigam, simplesmente predominam. Elas simplesmente dão maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes⁷⁰. Logo, a inobservância desse tipo de súmula pelos outros órgãos do poder Judiciário e pela Administração, não acarreta nenhuma consequência e nenhuma sanção por parte do STF. Devem ser consideradas e respeitadas, mas não são dogmas, tanto que podem ser revistas a qualquer tempo, – sendo inclusive disciplinado no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) o processo para a sua alteração⁷¹ – e, justificadamente, ponderadas ou abrandadas à vista dos fatos concretamente postos nos autos, se outro tribunal assim entender.

Ocorre que, se exige para a sua alteração um maior esforço dos advogados e juízes. Não incumbe ao STF, salvo em matéria constitucional e mesmo assim pelas vias próprias, qualquer fiscalização ou controle⁷².

Mas do § 3º do artigo 103-A da CF/88, decorre que se o juiz conhece da súmula e não a aplica, autoriza-se a interposição do recurso processual da reclamação, para repor o entendimento desse Tribunal Supremo.

Parte da doutrina se manifesta no sentido do caráter normativo das tradicionais súmulas do STF, entendendo-as assim obrigatórias para todos os juízes e tribunais do país. Justificam tal argumento pelo fato do STF ser o mais alto tribunal do

⁷⁰ Entendimento manifestado no acórdão da ADPF-AgR 80-7 de 12/06/2006. TRIBUNAL PLENO. DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. EROS GRAU, disponível em www.stf.gov.br. Também neste sentido, vide Leonardo Vizeu Figueiredo, *Súmula Vinculante e a Lei n.º 11.417, de 2006: apontamentos para a compreensão do tema*, 2007, cit.pp. 113; André Ramos Tavares, *Perplexidades do novo instituto da Súmula vinculante no direito brasileiro*, in Revista Brasileira de Direito Público, 2006, cit. pp. 149.

⁷¹ “Art.102 (...)”

§1º A inclusão de enunciados na Súmula, bem como a sua alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta.

⁷² Entendimento manifestado no acórdão da Rcl-AgR 3.979-0 de 03/05/2006 TRIBUNAL PLENO. DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. GILMAR MENDES, disponível em www.stf.gov.br.

país, não sendo possível recorrer de suas decisões, que são irreformáveis por outro tribunal. Assim, não se pode permitir que as jurisdições inferiores julguem à revelia das proposições constantes nas súmulas. Entende assim, que não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada nessas súmulas é uma afronta a sua soberania e empecilho a certeza jurídica. Para eles as súmulas não são simplesmente a jurisprudência dominante, mas sim jurisprudência possuidora de caráter quase normativo⁷³.

Assim, as tradicionais súmulas do STF não têm um caráter obrigatório, não são vinculativas, sendo uma espécie de jurisprudência compendiada do STF, explicitando o entendimento adotado pela prática desse tribunal em determinados assuntos.

Por sua vez, as súmulas vinculantes do art.103-A da CF, introduzidas pela EC nº 45/2004 e regulamentadas por lei, tem seu grande diferencial no fato de vincular. Destinam-se a vincular, por força constitucional, o entendimento jurídico do STF e a sua execução material, na Administração Pública (direta e indireta) e nos demais órgãos do Poder Judiciário.

Faz-se no ponto da vinculatividade e da obrigatoriedade a grande diferença entre os dois institutos. Inclusive, quando da publicação da Emenda Constitucional n.º 45, ficou previsto em seu art.8º que as tradicionais súmulas do STF, só iriam adquirir o efeito vinculante se fossem aprovadas por 2/3 dos integrantes da corte e publicação na imprensa oficial. Ou seja, a princípio, uma súmula tradicional do STF só pode se tornar uma súmula vinculante se observar o processo de votação e publicação das mesmas.

Entende-se, além da notória diferença acima referida, basicamente a única citada pela doutrina brasileira consultada, a diferença entre os dois institutos encontra-se também na questão da eficácia. Isso porque, entendendo a jurisprudência como conjunto de normas vigentes (resoluções judiciais) criadas pelos juízes⁷⁴, sendo assim normas de caráter geral. Por sua vez, as súmulas, como já se afirmou, é jurisprudência compendiada do STF, sedimentação de orientação adotada topicamente, tendo assim também esse caráter de norma geral. Dessa forma, não só a súmula

⁷³ Referindo-se a este entendimento, Lenio Luiz Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro...*, 1998, cit. pp.128-129.

⁷⁴ Entendimento de Eugenio Bulygin que já foi referido no ponto do trabalho que trata do precedente no sistema romano-germânico (*Sentencia judicial y creacion de derecho*, 1991, cit. pp. 360-362).

vinculante, mas também às tradicionais súmulas se aplica o conceito de eficácia, já que ambas têm o caráter de norma.

Nesse sentido, entendendo que uma norma é eficaz quando é obedecida por todos os sujeitos a que se dirige, podendo dentro desse conceito uma norma ser mais ou menos eficaz⁷⁵, aí se diferencia as tradicionais súmulas das súmulas vinculantes, já que estas são mais eficazes do que aquelas, uma vez que todos os sujeitos a que se dirige a súmula vinculante têm, por força de lei, que obedecê-las, devido a sua obrigatoriedade. Por sua vez, as tradicionais súmulas não têm que obrigatoriamente ser obedecidas por todos os sujeitos a que se dirigem, sendo apenas persuasiva essa obediência e não vinculativa⁷⁶.

3 - Diferença entre a Súmula Vinculante e Precedente

A Súmula vinculante e o precedente estão intimamente relacionados, apesar de não ser a mesma coisa. Como estudado em tópico próprio, os precedentes nos moldes do sistema anglo-saxão, sequer tem na decisão um texto autonomizado, que individualize a máxima de decisão de casos futuros, tendo que examinar toda sentença para poder abstrair a *ratio decidendi*, que valerá como futuro critério de decisão. Esta é entendida como o princípio geral que justifica o caso e que deve ser determinado para se verificar a sua validade em casos semelhantes⁷⁷.

Por sua vez, no sistema continental, no qual, por regra, o precedente não é fonte do direito e não tem um caráter obrigatório, considera-se como “precedente” da interpretação jurídica, toda decisão judicial anterior que tenha alguma relevância para o juiz que deve resolver o caso⁷⁸.

Quanto ao assunto, compartilha-se do entendimento de Eugenio Bulygin no que diz respeito ao precedente ser produto de um processo de generalização e categorização feito pelo juiz que o aplica. Assim, exige-se mesmo dos juízes do sistema romano-germânico a necessidade – como dos juízes do sistema *commow law* – de destacarem na sentença o que seria a *ratio decidendi* do caso, que no sistema romano-

⁷⁵ Conceito de eficácia retirado de Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y creacion de derecho*, 1991, cit. pp. 364-365. Também trata da questão da eficácia, só que dentro da noção de validez, assim diferenciando validez fática e validez sistêmica, Aulis Aarnio, *Lo racional...*, 1991, cit. pp. 77.

⁷⁶ Importante neste ponto a conexão existente entre vigência e eficácia. Sobre o assunto, ver Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 364.

⁷⁷ José de Oliveira Ascensão, *As fontes do Direito no Sistema...*, 1974, cit. pp. 51.

⁷⁸ Eduardo Sodero, *Sobre el cambio de los precedentes*, 2004, cit. pp.220.

germânico equivaleria, no sentido aqui defendido, à norma que serve de fundamento para a tomada de decisão e, com base na qual, a sentença poderá ser considerada uma norma geral⁷⁹.

Dessa forma, o que confere à sentença o valor de precedente, convertendo-a assim em fonte do direito são as premissas, os fundamentos por ela utilizados, que são as normas gerais⁸⁰. E esse conceito de precedente aproxima-se do de jurisprudência se entender esta como conjunto de normas vigentes.

Dessa forma, tanto o precedente como a jurisprudência tem função de generalização de normas. Ou seja, o precedente, quando passa a ser aplicado para a solução de outros casos, é uma objetivização da norma aplicável ao caso concreto, e por sua vez, a jurisprudência é o conjunto dessas normas gerais. Assim, a partir do momento em que um precedente do STF passa a ser aplicado para a resolução de outros casos, ocorre a generalização da norma do caso concreto. E por sua vez o enunciado da súmula vinculante autonomiza a norma geral contida em determinado conjunto de decisões do STF (jurisprudência do STF), que a partir daí terá de ser obrigatoriamente observada devido ao efeito vinculante.

Nesse contexto, a súmula vinculante é uma espécie de autonomização da *ratio decidendi*, ou seja, as normas gerais contidas na jurisprudência do STF em determinado sentido ganham autonomia através dos enunciados das súmulas vinculantes, e os magistrados, para a sua aplicação, terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si⁸¹.

Assim, a diferença entre os dois institutos é meramente formal, já que ambos têm como fundamento a *ratio decidendi*: no caso do precedente, esta vai corresponder à regra geral identificada em um caso concreto e aplicada a situações semelhantes. No entanto, não há que se falar em autonomização da *ratio decidendi*, mas apenas na sua generalização; já no caso da súmula vinculante, o princípio contido nas normas que formam a jurisprudência do STF em determinado sentido é autonomizado

⁷⁹ Eugenio Bulygin, *Sentencia judicial y...*, 1991, cit. pp. 360-362.

⁸⁰ Eugenio Bulygin. *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 358.

⁸¹ No sentido do entendimento aqui expressado: “A súmula vinculante caracteriza-se por ser um enunciado sintético, geral e abstrato, com formato semelhante ao das súmulas não vinculantes, capaz de expressar a *ratio decidendi* comum às reiteradas decisões proferidas sobre a matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cujo comando deverá ser seguido pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, em todos os níveis da federação” (Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, 2005, cit. pp. 228). Ver também, André Ramos Tavares, *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*, 2006, cit.pp.159.

através do enunciado da súmula. Assim, ambos surgem de um processo de generalização e categorização feito pelo juiz.

A súmula vinculante não está ligada diretamente ao caso concreto, não sendo assim um precedente, no entanto, os dois têm a justificação da sua origem no mesmo fundamento que é a *ratio decidendi*. Assim a diferença entre os dois é mais quantitativa do que qualitativa e, face o exposto, precedente e súmula vinculante possuem mais semelhanças do que diferenças.

4 - Efeitos da Súmula Vinculante e os efeitos das decisões do controle abstrato-concentrado do Supremo Tribunal Federal: o art. 102, §2º e o art.103-A caput da CF/88

É necessário nesse estudo tratar dos efeitos decorrentes da súmula vinculante numa visão comparada com os efeitos das decisões de controle abstrato-concentrado. No entanto, a análise está limitada aos efeitos referentes à segurança e estabilidade das decisões, ou seja, o efeito de força obrigatória geral ou efeito *erga omnes* e o efeito vinculante. Por isso, quaisquer outros efeitos decorrentes desse tipo de decisões e enunciados não serão objeto da presente análise.

O fenômeno do efeito vinculante não é novidade no ordenamento brasileiro. A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de Março de 1993, introduziu no controle concentrado de constitucionalidade, o efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, em ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) de lei ou de ato normativo federal através do art.102, §2º⁸², ampliando-se a aplicação de tal efeito também às ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIN), com a implementação da lei 9.868, de 10 de Novembro de 1999 (artigo 28, parágrafo único) e, posteriormente, por força da Emenda Constitucional n.º 45, que alterou a redação do referido artigo. Tal emenda constitucional também inovou com o instituto da súmula vinculante, previsto no art. 103-A da CF/88, que prevê o efeito vinculante do novo instituto.

⁸² “Art.102

§2º 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”.

Segundo Gilmar Mendes, efeito vinculante e efeito *erga omnes* são coisas diversas, mas relacionadas. O primeiro, consagrado pela Emenda Constitucional nº. 3 de 1993, é instituto jurídico desenvolvido no direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional (§31, Abs. 1, da Lei orgânica da Corte Constitucional Alemã), garantindo força vinculante a decisão como um todo, não apenas à parte dispositiva mas também aos seus fundamentos⁸³. No entanto, ressalta Rui Medeiros que o alcance do efeito vinculante não é pacífico na Alemanha. Apesar de o Tribunal Constitucional Federal adotar a tese de que o efeito vinculante se estende aos motivos determinantes de decisão, a idéia de um efeito vinculante amplo ainda sofre resistência por parte de vários autores. O principal motivo dessa resistência é a consciência do perigo da estagnação do Direito Constitucional, sendo o principal argumento o de que a segurança jurídica não pode sacrificar a dinâmica constitucional.⁸⁴

Para Gilmar Mendes, a diferença entre efeito vinculante e efeito *erga omnes* está em limites objetivos. A eficácia *erga omnes* refere-se apenas à parte dispositiva da decisão, enquanto o efeito vinculante abrange os seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi*. Não abrange esse efeito as considerações marginais ou *obiter dicta*. Assim, segundo o efeito vinculante, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que tanto a parte dispositiva como os fundamentos da decisão devem ser observados por todas as autoridades em casos futuros⁸⁵.

A mesma noção é defendida por Vitalino Canas. O autor português entende que as decisões em controle abstrato, além de terem força obrigatória geral e força de lei, possuem uma “*vinculatividade sui generis*” que se traduz na irrepetibilidade da norma e protege tanto o dispositivo da decisão quanto os “*motivos*

⁸³ Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2006, cit. pp. 337-338. Também neste sentido, mas tratando das sentenças interpretativas, vide F. Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, 2001, cit. pp. 111.

⁸⁴ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 771 e 773.

⁸⁵ Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2006, cit. pp. 338. Quanto a esta questão, já foi referido que no que diz respeito ao efeito vinculante, o sentido apresentado não é pacífico na Alemanha. Já quanto ao efeito *erga omnes*, afirma Rui Medeiros: “O §31 Abs.2 determina, por fim, que as decisões do Tribunal Constitucional Federal proferidas especificamente em processos de fiscalização de normas têm também força de lei (...). É pacífico, por outro lado, que a força de lei cobre unicamente o dispositivo, não se estendendo aos motivos da decisão. Por isso, quando se nega uma visão ampla do objecto do processo, afirma-se que da força de lei não decorre nem a proibição de o legislador reaprovar normas idênticas à declarada inconstitucional nem qualquer efeito no que concerne a outras normas idênticas, porventura já existentes no ordenamento, aprovadas por outros órgãos legislativos” (*A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 769 e 775).

determinantes” nela utilizados. Afirmar ainda que, apesar da dificuldade em estabelecer o que é um motivo determinante ou o que é dito de passagem (*obiter dicta*), uma análise casuística de cada decisão do Tribunal Constitucional permitirá estabelecer esses dois elementos⁸⁶.

Processualmente, o efeito *erga omnes* previsto no art.102§2º, obsta que a questão seja submetida novamente à análise do STF. Quanto à declaração de constitucionalidade, não se tem uma mudança qualitativa da situação jurídica, visto que a validade da lei não depende de declaração judicial, ou seja, a lei não se altera, ficando como antes da decisão e não fica o legislador impedido de alterar ou mesmo revogar a norma. Já a declaração de inconstitucionalidade que reconhece a nulidade da norma, implica a cassação da lei e tal declaração, com força obrigatória geral, vale sempre que se inicia um novo processo de fiscalização com o mesmo tema, ou seja, sempre que qualquer processo posterior suscite como questão fundamental ou secundária a questão da constitucionalidade de uma norma já declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, a autoridade da decisão impõe que se adote o estabelecido pela decisão de inconstitucionalidade. Inclusivamente, o próprio Tribunal Constitucional encontra-se vinculado à decisão de inconstitucionalidade⁸⁷.

No caso de declaração de constitucionalidade de uma norma em ADC ou em ADIM, em regra, é inadmissível que o STF trate mais uma vez da questão. No entanto poderá voltar a apreciar a constitucionalidade de uma norma, já declarada constitucional em uma dessas ações, desde que seja demonstrado que se trata de uma nova questão, como por exemplo, uma alteração substancial das relações fáticas ou da convicção jurídica geral⁸⁸. Quanto à declaração de inconstitucionalidade, implica a exclusão de toda utilização da norma, posterior ao reconhecimento da nulidade⁸⁹.

De acordo com o previsto expressamente nos artigos em análise, pode-se afirmar que, tanto a ação do controle difuso, referida no art. 102, §2º como os enunciados de súmula do art.103-A são dotados tanto do efeito *erga omnes* como do efeito vinculante.

⁸⁶ Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 1994, cit.pp. 177-178.

⁸⁷ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 798.

⁸⁸ Tratando desse sentido na doutrina Alemã, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2006, cit.pp. 331 e 333 e Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 780.

⁸⁹ Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2006, cit. pp. 331 e 333.

4.1 - Dimensão subjetiva da extensão dos efeitos erga omnes e vinculante, previstos no art. 102, §2º e art.103-A

Está disciplinado no art.102, §2º que as decisões definitivas de mérito, proferidas na ADIM e na ADC, produzirão *eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, nas esferas federal, estadual e municipal; e no art.103-A, que o enunciado de súmula, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá *efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública também, em todas as esferas da federação. Em face desses dispositivos, expresso e claro está que, todos os órgãos do Poder Judiciário, exceto o próprio STF, como os da Administração Pública estão vinculados ao estabelecido nas decisões proferidas em ADIM e ADC, bem como às súmulas vinculantes. No entanto, questão menos clara é a de se o Poder Legislativo também estaria vinculado a tais decisões e aos enunciados das súmulas vinculantes.

Como visto, de maneira geral, o entendimento da maioria da doutrina é que na prática, o efeito erga omnes não proíbe que um ato nulo seja novamente editado com igual conteúdo, sendo necessária uma nova ação para declarar novamente essa nulidade. Isto porque, como dito, este efeito limita-se ao dispositivo da decisão. Já o efeito vinculante importa na proibição de que se contrarie a decisão em toda a sua dimensão, ou seja, tanto o dispositivo como os motivos determinantes ou fundamentos da decisão.

Neste caso há observância obrigatória de todos os órgãos constitucionais de adequarem a sua conduta a orientação estabelecida na decisão. Entende-se assim que os processos de fiscalização abstrata vinculam os intervenientes e os que poderiam ter intervindo no processo, já que o efeito vinculante nesse caso se aplica a uma *imensa multidão de interessados* que nem sequer poderiam ter intervindo. Logo, de acordo com esse entendimento, o efeito vinculante obriga todos os Poderes Públicos, inclusive o legislador, a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição, não apenas no que diz respeito ao dispositivo da decisão, mas também aos fundamentos, devendo-se abster de fazer normas idênticas a já declarada inconstitucional⁹⁰.

⁹⁰ Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Controle Concentrado de Constitucionalidade*, 2006, cit. pp.337-338; Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 1994, cit. pp. 176. Observa ainda Gilmar Mendes que outras correntes doutrinárias sustentam que, “*tal como a*

Posicionamento contrário ao afirmado, mas numa análise desses efeitos com base no ordenamento português, afirma Rui Medeiros que não existe nesse ordenamento “qualquer fundamento para admitir uma vinculação dos tribunais aos motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”. Corroborando a idéia, o autor afirma que tal vinculação constituiria uma estagnação à evolução do Direito Constitucional e violaria gravemente o princípio da independência decisória e o princípio da jurisdição. Conclui então que é dispensável a autonomização de um efeito vinculante no direito português, afirmando que a força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade constitui apenas eficácia *erga omnes*.⁹¹

Quanto à vinculação do Legislativo, as opiniões são mais diversas e não se referem apenas ao efeito vinculante, mas também ao efeito *erga omnes*. Em Portugal, a maioria da doutrina defende a existência de uma proibição de reprodução das normas declaradas inconstitucionais. É neste sentido o entendimento de Jorge Miranda, que afirma que o legislador e demais órgãos normativos não podem voltar a publicar a norma inconstitucional⁹²; Também Vitalino Canas afirma que não poderá ser produzida nova norma com conteúdo idêntico, a não ser que o fundamento da inconstitucionalidade fosse um vício de forma ou de competência.⁹³

Posição também relevante é a de Paulo Otero. Este afirma que de forma geral, declarada inconstitucional uma norma com efeito *erga omnes* resulta, pelo menos em caso de inconstitucionalidade material, uma proibição de repetição da norma ou ato por parte do legislador, enquanto o quadro não sofrer alteração quanto à questão concreta tratada⁹⁴. No entanto, quando o Tribunal Constitucional declara inconstitucional uma norma conforme com a Constituição – inconstitucionalidade do caso julgado do Tribunal Constitucional em fiscalização abstrata – seja por declarar inconstitucional uma norma que não o era, seja porque se viola o princípio da liberdade de conformação do legislador ou da preferência do legislador como órgão concretizador

coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante”. (Controle Concentrado..., 2006, cit. pp.339). Tratando ainda do Tribunal Constitucional como órgão de garantia da segurança jurídica, vide Vitalino Canas, O Tribunal Constitucional: órgão de Garantia da Segurança Jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo, 2004, cit. pp.107 e ss.

⁹¹ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 812 e ss.

⁹² Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 1998, cit. pp. 484.

⁹³ Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 1994, cit. pp. 118 e ss.

⁹⁴ O autor afirma também ser esse o entendimento adotado por Jorge Miranda e por Gomes Canotilho (Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, 1993, cit. pp.144, nota n. 191).

da Constituição, sempre estará reservado ao Poder Legislativo à faculdade de repetir o ato, ainda que, por sua vez, este possa ser objeto de nova decisão judicial de declaração da inconstitucionalidade. Os principais argumentos nesse sentido são os de que, do contrário, corria-se o grande risco de um perigoso domínio absoluto do Tribunal Constitucional, assumindo papel de verdadeiro órgão supraconstitucional e ainda, reduzir-se-ia o espaço democrático-representativo de legitimidade política subjacente aos órgãos legislativos, originando uma ruptura do equilíbrio constitucional de legitimidades⁹⁵.

Ainda na doutrina portuguesa, nesse último sentido é o entendimento de Rui Medeiros – que como referido, não reconhece sequer uma autonomização de um efeito vinculante – para quem a declaração de inconstitucionalidade não gera, para o legislador, qualquer proibição de reprodução da norma declarada inconstitucional. Seus principais argumentos são: a aceitação de uma proibição de reprodução conduz a uma espécie de canonização da interpretação acolhida pela jurisdição constitucional, o que põe em causa a abertura da Constituição; a admissibilidade de uma proibição de reprodução poria em causa o equilíbrio entre o Tribunal Constitucional e o legislador e, finalmente, que não há na ordem constitucional portuguesa nada que justifique que a preocupação com a paz e a segurança jurídica legitime a introdução de tal limite autónomo à atuação do legislador. Concluindo afirma que a força obrigatória geral da declaração de inconstitucionalidade afeta apenas a concreta aplicação da lei inconstitucional, ou seja, ao contrário do que é afirmado pela maioria da doutrina portuguesa, não vale em relação ao legislador⁹⁶.

No direito brasileiro, assim como na doutrina majoritária portuguesa, o entendimento adotado pela maioria – e também o que se adota – é o primeiro apresentado defendido, por exemplo, por Gilmar Mendes e Vitalino Canas e também pelo STF, no sentido de que no caso do art. 102, §2º, quanto ao efeito erga omnes, regra geral, a questão fica impossibilitada de ser mais uma vez julgada pelo STF; fica os órgãos do Poder Judiciário e Executivo obrigados a seguir a orientação do tribunal supremo; mas, no entanto, nada impede o legislador, no caso de uma declaração de constitucionalidade, de alterar ou revogar a norma apreciada e no caso de uma declaração de inconstitucionalidade de editar mais uma vez norma de conteúdo idêntico.

⁹⁵ Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, 1993, cit. pp.144-145.

⁹⁶ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, 1999, cit. pp. 824 e ss.

Seguindo ainda a mesma doutrina majoritária quanto ao efeito vinculante – que se refere não apenas ao dispositivo, mas também aos fundamentos da decisão – os efeitos das decisões em ADIN e ADC transcendem o caso singular, devendo ser observados por todos os tribunais e autoridades – excluindo-se mais uma vez o STF – em casos futuros. Assim, mesmo sem previsão expressa do Poder Legislativo dentre os vinculados pela súmula, de acordo com a distinção apresentada quanto à diferença entre efeito *erga omnes* e efeito vinculante, o legislativo está impedido de editar lei nova que contrarie o fundamento da decisão em ADC e ADIN devido ao efeito vinculante atribuído a essas ações⁹⁷.

No sentido apresentado, a mesma lógica é aplicada à súmula vinculante que se caracteriza justamente pelo efeito vinculante de seus enunciados. Dessa forma, tem-se que o efeito vinculante da súmula desdobra-se em vinculações diretas e indiretas, já que diretamente estão vinculados o Poder Judiciário e a Administração Pública, cabendo, em caso de inobservância por parte desses poderes, o instituto da reclamação (art.103-A, §3º); e indiretamente e de forma genérica abrange tanto o Poder Legislativo como os próprios particulares, a qual não dá lugar à reclamação (pelo menos não diretamente, já que a reclamação só se refere aos atos administrativos e jurisdicionais), no entanto, por ser uma expressão da interpretação máxima da Constituição e por dever

⁹⁷ Tratando da questão da vinculação das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade e analisando as suas reflexões no controle concreto tem-se Gilmar Mendes e também jurisprudência do STF (RREE 150.755- PE e 150. 764- PE - Efeito vinculante de decisão no controle difuso de constitucionalidade: aplicação do art.97 da CF e art. 481 do CPC e art.29 da lei 9868/99). Entende o Ministro Gilmar Mendes que “a decisão plenária do Supremo Tribunal declaratória de inconstitucionalidade de norma, posto que incidente, sendo pressuposto necessário e suficiente a que o Senado lhe confira efeitos *erga omnes*, elide a presunção de sua constitucionalidade; a partir daí, podem os órgãos parciais dos outros tribunais acolhe-la para fundar a decisão de casos concretos ulteriores, prescindindo de submeter a questão de constitucionalidade ao seu próprio plenário.” (RE 191.898, 22/08/1997). Também no mesmo sentido o AgRgAI 168.149, 04/08/1995: “ Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta política de República – O Supremo Tribunal Federal – descabe o deslocamento previsto no artigo 97do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo”. Afirma ainda que “Esse entendimento jurisprudencial marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equipar, ainda que de forma tímida, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida incidenter tantum. Além disso, foi introduzido ao art. 481 do CPC o parágrafo único, que positiva a orientação jurisprudencial acima referida, e que foi incorporada no texto da lei 9868/99 no artigo 29” (Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 2006, cit. pp. 254-255).

ser aplicada pelos tribunais, gera uma vinculação típica de uma norma jurídica geral e abstrata, só que com um carácter constitucional⁹⁸.

Isso porque, as súmulas vinculantes sempre tratarão em seus enunciados de questão constitucional, sendo o seu objeto o entendimento do STF (entendimento esse que resultará de um trabalho de interpretação) sobre a validade, interpretação e a eficácia de normas determinadas. Assim, editada a súmula, firma-se em seu enunciado um entendimento sobre a interpretação do texto constitucional, que só poderá ser alterado pelo próprio STF, de ofício ou a pedido dos legitimados ao requerimento dessa alteração (art. 3º da Lei nº 11.417/06). Dessa forma, editada uma lei contrária à súmula, seria contrária à interpretação dada pelo STF ao texto da Constituição⁹⁹.

Assim, no que diz respeito ao Poder Judiciário e à Administração Pública, o efeito vinculante é direto, não podendo a súmula deixar de ser aplicada, cabendo inclusive reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Por sua vez, o Legislativo e os particulares em geral ficam indiretamente vinculados, não cabendo a interposição direta de reclamação¹⁰⁰.

Entendimento contrário ao anteriormente apresentado é no sentido de que a vinculação da súmula não se aplica ao Poder Legislativo. Afirma-se que a Emenda Constitucional nº 45 fala em vinculação da Administração Pública e do Poder Judiciário ao enunciado da súmula vinculante, motivo pelo qual o efeito vinculante não alcança o Poder Legislativo. Neste ponto, abre-se – obviamente, para além do processo de modificação ou cancelamento de súmula vinculante – hipótese de se retomar uma discussão encerrada em um conteúdo de uma determinada súmula vinculante, através da reincidência do legislador em uma mesma prática legislativa que já foi desabonada pelo conteúdo de uma súmula. Nesse entendimento, por exemplo, poderá ser editada uma lei

⁹⁸ Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, 2005, cit. pp. 232. Quanto ao estudo do direito alemão, afirma Rui Medeiros que o §31 Abs.1 da Lei do Tribunal Constitucional, que trata do efeito vinculativo, não inclui a aplicação do efeito vinculativo aos particulares, mas apenas aos “*órgãos constitucionais da Federação e dos Länder, bem como todos os tribunais e autoridades*” (A decisão de inconstitucionalidade, 1999, cit. pp.771).

⁹⁹ Entendimento também compartilhado por Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, 2005, cit. pp.249.

¹⁰⁰ É esse também o entendimento de Arthur Mendes Lobo, *Breves Comentários sobre a regulamentação da Súmula Vinculante*, 2007, cit. pp. 84 e 95. Exemplifica o autor: “Imagine que uma determinada súmula declare inconstitucional a lei X por violação ao princípio do contraditório. Posteriormente, o legislador edita a lei Y, revogando expressamente a lei X, porém trazendo exatamente o mesmo preceito declarado inconstitucional pela súmula. Nesse caso, entendemos que, muito embora a súmula não tenha aplicação direta e literal por se tratar da lei X já revogada, ela terá aplicação pelos seus fundamentos jurídicos. Logo, a lei Y não poderá ser aplicada pelos órgãos judiciários e pelas esferas da Administração Pública, diante da sua inconstitucionalidade. Assim, pensamos que os fundamentos da súmula também são vinculantes.

com conteúdo exatamente igual ao de outra objeto de súmula que lhe atribui inconstitucionalidade, ou uma eficácia diversa da estabelecida no enunciado da súmula. Assim, o legislativo estará a reabrir a discussão anteriormente pacificada pela edição da súmula, sendo mais uma forma de alteração ou até cancelamento da mesma¹⁰¹.

De acordo com esse último entendimento, a legislação pode sempre alterar ou repelir uma definição legal, princípio ou regra, desde que, evidentemente, não seja contrária à Constituição. O STF, apesar de “legislar” com o instrumento da Súmula Vinculante, não “inova” totalmente no ordenamento jurídico. A Súmula vinculante não vai tratar de um assunto novo, criar uma lei totalmente inovatória no ordenamento jurídico. O que ocorre é que a súmula trata de questões já controvertidas em decorrência de uma lei já preexistente. Assim, o STF vai “legislar” apenas no que diz respeito a uma controvérsia legislativa, em decorrência de uma lacuna ou omissão, ou esclarecer o sentido de uma determinada previsão legal. Assim, estão sempre limitados pela lei. Já o Poder Legislativo originário não está por sua vez, limitado às previsões das súmulas, já que, o artigo que a prevê não inclui entre os órgãos do Poder Público o Legislativo, não devendo este obediência à súmula vinculante.

4.2. Cotejo entre o artigo 102, §2º e o artigo 103-A: decisões negativas e decisões positivas e o caráter de legislador negativo e positivo do STF

Cabe, nesse momento, analisar o caráter de decisão negativa das decisões proferidas em ADC e ADIN, com os efeitos que lhe são atribuídos pelo art.102, §2º, e, em contrapartida, se a súmula vinculante, com os efeitos que lhe são atribuídos pelo art. 103-A, pode ser considerada uma decisão de caráter positivo.

Rui Medeiros afirma que as decisões de inconstitucionalidade revestidas de força obrigatória geral não são atos legislativos. A declaração de invalidade de uma norma tem um efeito negativo ou cassatório e não um efeito positivo que é essencial ao ato legislativo. Assim, apenas a generalidade não basta para considerar ato legislativo qualquer decisão só por possuir a eficácia *erga omnes*. O Tribunal Constitucional não pratica um ato legislativo quando anula uma norma legal. Apesar do efeito *erga omnes* ter força de lei, a única semelhança dessas decisões com a lei é a sua vinculatividade

¹⁰¹ Também concorda com a opinião aqui apresentada André Ramos Tavares, *Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*, 2006, cit. pp. 152.

geral. Dessa forma, força de lei não significa valor de lei. Além disso, ao contrário das leis, as decisões de inconstitucionalidade não podem ser impugnadas, revogadas ou alteradas pelo seu autor, ou seja, o Tribunal Constitucional, o que seria diferente se o acórdão tivesse valor de lei. Outro aspecto é que, se a declaração de inconstitucionalidade fosse um ato legislativo, deveria estar sujeita ao regime de fiscalização de normas jurídicas, o que não ocorre¹⁰².

Pelo contrário, Vitalino Canas afirma que as decisões do Tribunal Constitucional têm força obrigatória geral, carácter normativo, força de lei, carácter legislativo e são fontes formais de direito. Por isso, o autor entende que a fiscalização de normas pode incidir inclusive na decisão de inconstitucionalidade, mas só é contestável em seus aspectos formais, só podendo contestar a competência do Tribunal Constitucional para decidir sobre o assunto. No entanto, no que diz respeito à parte que fixa os efeitos (dispositivo-constitutivo), o autor entende possível a fiscalização da decisão¹⁰³.

Entende-se que o STF, exercendo a função de controle de constitucionalidade das leis e tendo em vista os efeitos atribuídos a essas decisões tem uma autêntica força de lei, um “poder normativo” (apesar de não ser exercício de atividade legislativa). Nesse sentido, opera como um legislador negativo, nos casos em que declara a inconstitucionalidade de uma norma, mas não só. O Supremo tem também um carácter de legislador positivo quando, através das suas interpretações, declara, por exemplo, a constitucionalidade condicionada de um preceito legal, impondo ou proibindo interpretações em determinado sentido, manipulando assim o texto da norma. É isso que exatamente ocorre com o instituto da súmula vinculante, já que o seu objeto é justamente estabelecer o entendimento do Supremo quanto à validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, que serão assim manipuladas de acordo com o entendimento do STF traduzidos nos enunciados de súmula.¹⁰⁴

¹⁰² Rui Medeiros, *A decisão...*, 1999, cit. pp.802-803. Afirma ainda o autor que “A própria expressão *legislação negativa* é, neste contexto muito duvidosa. Se o Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, actuasse como legislador, ainda que negativo, isso significaria em coerência que os demais tribunais, quando consideram ilegal um regulamento ou um contrato administrativo ou de direito privado, também exerceriam respectivamente um poder regulamentar ou uma liberdade contratual negativa. Ora, bem vistas as coisas, um tribunal só abandona o terreno da jurisdição quando, além da uma liberdade de apreciação dos pressupostos, dispõe de uma discricionariedade quanto ao se ou ao como da conformação. (A decisão..., 1999, cit. pp. 803).

¹⁰³ Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do tribunal constitucional*, 1994, cit.pp.168 e ss.

¹⁰⁴ Neste sentido mas tratando das sentenças interpretativas, José Maria Lafuente Balle, *La judicialización de la interpretación constitucional*, 2000, cit. pp.49. Também tratando do carácter de

Assim, a súmula vinculante se torna em exercício de função legislativa pelo STF. Há que se notar que assim como as leis, os enunciados de súmulas vinculantes podem ser revogados ou alterados pelo seu próprio autor que é o STF. Já as decisões de controle de constitucionalidade ou de validade das normas jurídicas proferidas por este tribunal, ainda que com o caráter geral de vinculação, não é exercício dessa função. Isso porque estas têm um caráter de decisão negativa, ou cassatório e não o efeito positivo que é essencial ao ato legislativo e que também é próprio da Súmula vinculante que se torna assim em uma decisão positiva de constitucionalidade. Assim, o controle de constitucionalidade exercido pelo STF não obtém natureza de ato legislativo só por ter eficácia geral e obrigatória.

Nesse contexto, a súmula vinculante é um resultado final de uma definição explicativa das várias hipóteses interpretativas da norma, que passa a ter força vinculativa. Assim, quando editada pelo STF, o seu conteúdo tornar-se-á uma norma constitucional, isso porque, passará a ser condição de validade das normas constitucionais que foram submetidas à análise pela súmula. Dessa forma, essas súmulas que versam sobre matéria constitucional serão, ao fim e ao cabo, condição para o sentido das normas constitucionais em questão. Assim, a súmula assume uma especial função de controle do respeito aos fins e metas do sistema jurídico e, mais do que condição de sentido, passa a ser condição de validade das normas pelo poder de controlabilidade difusa que exerce no interior do sistema.¹⁰⁵.

5 - Súmula Vinculante como Fonte do Direito e o seu caráter normativo

A grande questão que se coloca neste ponto do trabalho é saber em que medida a súmula vinculante – vista como a autonomização da *ratio decidendi* do conjunto de reiteradas decisões judiciais uniformes do STF sobre determinada questão constitucional – pode ou não ser fonte do Direito.

Independente da existência da súmula vinculante, genericamente, pode-se afirmar que a jurisprudência, enquanto conjunto de julgamentos em determinado sentido, principalmente no que diz respeito às decisões do STF, torna-se um elemento suplementar a própria legislação, esta, primado do sistema jurídico brasileiro, como

decisões negativas e positivas do Tribunal Constitucional, mas no que diz respeito principalmente a matéria penal ver Caty Vidales Rodríguez, *La eficacia retroactiva le los cambios jurisprudenciales*, 2001, cit. pp. 202.

¹⁰⁵ Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro*, 1998, cit. pp. 228-229.

estabelecido pelo art.5º, II da CF/88¹⁰⁶. A importância dada à jurisprudência aumenta cada vez mais, primeiro, com a questão das já tradicionais súmulas e, agora, com a introdução no ordenamento da súmula vinculante, segundo as quais as decisões assumem um caráter de obrigatoriedade e vinculatividade através dos seus enunciados. Assim, há mesmo quem afirme que a progressiva valorização da jurisprudência na ordem jurídica brasileira - principalmente no texto constitucional e com a introdução do instituto da súmula vinculante – faz dela fonte de direito, situada no mesmo nível hierárquico das leis¹⁰⁷.

Eugenio Bulygin afirma que os juízes criam normas gerais e não normas individuais. A criação judicial de normas gerais é, no entanto, feita por analogia, através de outras normas e neste aspecto se difere claramente do tipo de produção legislativa¹⁰⁸. E, tendo em conta que essas normas podem adquirir vigência (sendo esta entendida no sentido de afirmar que seria aplicada no caso de ocorrer condições semelhantes para a sua aplicação¹⁰⁹), a criação dessas normas gerais, e não a criação de normas individuais (como defende Kelsen) é que permite afirmar que a atividade judicial é fonte do direito¹¹⁰. Conclui o mesmo autor que é raro os casos em que os juízes irão criar uma nova norma. Na maioria das vezes, o que os juízes criam não são normas, mas sim, enunciados de definição, que determinam a extensão de um conceito. É isso que consta da maioria das ementas de um conjunto de jurisprudências. Essas não contêm, em sua maioria, enunciados normativos, mas sim define conceitos, que quando adquirem vigência, ou seja, passam a ser aplicados por outros órgãos jurídicos, passam a integrar a ordem jurídica¹¹¹.

¹⁰⁶ Art.5º

II - “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Afirma Arthur Mendes Lobo que o dispositivo referido não traz a exigência de lei em seu sentido formal, mas sim genericamente considerada (*Breves comentários sobre a Regulamentação da Súmula Vinculante*, 2007, cit. pp.82).

¹⁰⁷ Neste sentido, Arthur Mendes Lobo. *Breves comentários sobre...*, 2007, cit. pp.82.

¹⁰⁸ Neste sentido, o autor afirma que “*importa subrayar que lo que los jueces crean – se es que crean algo – no son normas individuales, sino normas generales*”. (Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y creacion de derecho*, 1991, cit. pp. 362). São contra a afirmação de que o juiz cria norma de caráter geral, afirmando pelo contrário que cria norma de caráter individual, Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, e grande parte da doutrina, por exemplo, Lenio Streck, *Súmula no Direito Brasileiro*, 1998, cit. pp. 116-117.

¹⁰⁹ Eugenio Bulygin. *Sentencia Judicial y creacion de derecho*. 1991, cit. pp. 364.

¹¹⁰ Eugenio Bulygin. *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 367.

¹¹¹ Eugenio Bulygin. *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 369. Nesse sentido, o autor afirma que o direito não pode ser definido como um conjunto de normas, já que tanto as normas como as definições formam parte do direito, posição da qual se discorda, já que como dito no início do trabalho entende-se que o direito é apenas e só um conjunto de normas, esgotando-se nessas a regulação jurídica.

Considerando-se o conceito de fonte adotado no trabalho, que é o de que apenas são fontes do direito os enunciados normativos, independentemente, das formas utilizadas para a produção deste enunciado, e sem prejuízo do ato jurídico em que o enunciado normativo se encontre, não é leviano concluir que a Súmula Vinculante é fonte do direito.

Nesse instituto têm-se “enunciados de súmulas” (enunciado normativo – exteriorização da norma) que vão exteriorizar normas que traduzem o entendimento do STF sobre a validade, interpretação e eficácia estabelecidas por este Tribunal nas suas reiteradas decisões sobre matéria constitucional (forma de produção do enunciado que é o costume jurisprudencial).

Assim, o enunciado de súmula vinculante, desde que seja realmente um enunciado normativo, ou seja, contenha realmente uma norma, traduzindo um “dever ser”, um sentido deôntico, que tem ainda o carácter vinculante, é sim fonte do direito. Não se trata nessa hipótese de um enunciado de decisão, apesar de emanado do poder judiciário, mas sim de um enunciado normativo. Assim, a autonomização da *ratio decidendi* contida no enunciado de súmula, deve corresponder a um enunciado normativo para que esta seja considerada fonte do direito.

O momento integrativo no ordenamento do sentido deôntico que consta dos enunciados de súmula, se dá exatamente na obrigatoriedade jurídica que lhe é reconhecida através da vinculatividade erga omnes dada a esse enunciado por norma constitucional, transformando-o assim num enunciado normativo, que é incluído no ordenamento brasileiro através do critério de pertinência da própria constituição, que determinou a entrada dessa norma no ordenamento jurídico, determinando assim que ela faz parte do mesmo. Assim, preenche-se o pressuposto de validade da súmula vinculante de acordo com definição apresentada por Eugenio Bulygin no sentido de que uma norma é válida se foi ditada por autoridade competente, sendo competente uma autoridade quando existe outra norma superior que estabeleça a competência para ditar aquela norma¹¹². A validade de uma lei decorre, assim, da sua relação lógica com a Constituição e, uma vez que os tribunais aceitam uma lei, a questão da sua invalidez perde o interesse prático¹¹³. Assim, configura-se o conteúdo de norma do enunciado de súmula vinculante bem como o seu requisito de validade. No modelo apresentado, a

¹¹² Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 363.

¹¹³ Eugenio Bulygin, *Sentencia Judicial y...*, 1991, cit. pp. 365.

súmula vinculante é sim fonte do direito, concluindo-se pelos mesmos argumentos o seu caráter normativo¹¹⁴.

Dessa forma, a súmula vinculante contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o poder judiciário. Sendo assim é uma norma jurídica semelhante às leis, devido ao seu caráter geral – aplicada a todos indistintamente – e abstrata enquanto destinada a quaisquer hipóteses presentes e futuras¹¹⁵.

Neste contexto, a súmula vinculante inaugura uma nova sistemática que permite a elaboração de normas cogentes, com efeito vinculante e *erga omnes*, e provida de comando genérico e abstrato, assim como as leis, no entanto editadas não pelo legislativo, mas pelo órgão máximo do Poder Judiciário, por competência atribuída a este por emenda constitucional. Nota-se nesse ponto uma semelhança entre a função judicial e a função legislativa, já que se põe com a súmula vinculante uma norma de caráter geral, abstrata, porém que estabelece um entendimento sobre a validade, à interpretação e a eficácia de normas determinadas (objeto da súmula vinculante – art.2º, §1º da Lei 11.417/06). Firma assim um entendimento sobre determinada norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos, em favor da segurança jurídica do ordenamento, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

A majoritária doutrina Brasileira que trata da questão da Súmula Vinculante afirma o seu caráter normativo, independentemente de serem a favor ou contrários ao instituto, caráter que também é reconhecido por este estudo. Neste sentido Calmon de Passos afirma que *“deve-se aproximar a súmula, ou jurisprudência com força vinculante da norma de caráter geral de natureza interpretativa editada pelo legislador”*¹¹⁶.

Há mesmo quem afirme o caráter de norma Constitucional da Súmula Vinculante, mais especificamente, o caráter de Emenda Constitucional do instituto.

¹¹⁴ Também afirmado a súmula vinculante como fonte do direito e o seu caráter normativo, mas apresentando justificação bem diversa da aqui apresentada, Arthur Mendes Lobo, *Breves comentários sobre a regulamentação da Súmula Vinculante*, 2007, cit. pp.83.

¹¹⁵ Rodrigo Jansen, *A súmula vinculante como norma jurídica*, 2005, cit. pp. 240. O autor ainda exemplifica que *“caso uma súmula vinculante prescrevesse que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa, o contribuinte poderia, em caso de cobrança efetuada pelo fisco, recorrer ao Poder Judiciário para não pagá-la, tal como faria se uma lei o dissesse, com a vantagem de poder diretamente, fazer uso da reclamação ao Supremo Tribunal Federal.”* (A súmula vinculante..., 2005, cit. pp. 241).

¹¹⁶ Calmon de Passos, *Súmula vinculante*, 2002, disponível na Internet <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Uma vez que as súmulas vinculantes só podem ser editadas pelo STF, tendo por base as suas decisões, tratando sempre de assunto de cunho constitucional, firma-se em seus enunciados uma interpretação do texto da Constituição que poderá ser alterada apenas em duas hipóteses: ou pelo próprio STF, ao rever o seu posicionamento – de ofício ou por provocação dos legitimados para fazê-lo; ou promove-se a alteração do texto constitucional. E aí estaria a semelhança das súmulas com as Emendas Constitucionais, uma vez que, salvo a alteração pelo próprio STF, a súmula só terá seu enunciado alterado através de Emenda Constitucional. Dessa forma, uma lei editada pelo Poder Legislativo e que seja contrária à súmula, pode-se dizer que é contrária à própria Constituição. Assim, o exercício da função legislativa contra a súmula – excetuada a hipótese de Emenda Constitucional – ofenderia a própria Constituição e o seu significado normativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁷.

Claramente contra o instituto da Súmula Vinculante – justamente por confirmar o seu caráter normativo, entendendo assim que tanto a súmula vinculante como as decisões vinculativas de mérito emanadas do STF, transforma-se na prática, de normas individuais de cada caso em normas gerais de validade *erga omnes*¹¹⁸ – tem-se na doutrina brasileira, Lenio Streck. Para ele, a sentença só é norma no restrito âmbito do caso concreto, ou seja, no sentido de normas jurídicas individuais. Afirma que nos sistemas do direito romano-germânico, como é o caso do Brasil, a função jurisdicional não tem caráter de generalidade. Este se reserva apenas à lei. Por isso, súmulas com caráter vinculativo distorcem o tipo de sistema jurídico vigente no Brasil. Para o autor, somente nos sistemas jurídicos pertencentes ao *Common Law* é possível que do julgamento de cada caso se extraia critérios vinculativos para julgamentos futuros. Obviamente, no sentido de tal opinião, somente a lei tem força vinculativa no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de um equivocado entendimento a respeito do sistema jurídico vigente nesse país. Assim, as súmulas teriam apenas a função de indicar a orientação do tribunal.¹¹⁹

¹¹⁷ É a posição adotada por Rodrigo Jansen, *A Súmula Vinculante...*, 2005, cit. pp. 249.

¹¹⁸ Assim, o autor apesar de contrário ao efeito vinculante afirma que esse dá a súmula um caráter normativo (*Súmulas no Direito Brasileiro*, 1998, cit. pp.267).

¹¹⁹ Lenio Luiz Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro*, 1998, cit. pp. 224-225.

6 - As súmulas vinculantes em face da Teoria Pura do Direito de Kelsen

O objetivo desse ponto do trabalho é analisar a súmula vinculante em face da Teoria desenvolvida por Hans Kelsen. No entanto, tal análise se refere apenas à questão – visto que se defende o caráter normativo da súmula vinculante – de qual seria a posição da súmula na ordem jurídica escalonada criada por Hans Kelsen; outra questão é a do conflito entre as normas pertencentes a esse ordenamento, quando verificar-se-á a existência de uma relação da súmula vinculante com as leis em geral. Assim, independentemente de outras posições já analisadas e afirmadas no trabalho, neste ponto, tem-se por objetivo uma análise baseada nos ensinamentos de Kelsen, contidos principalmente em sua teoria pura do Direito.

6.1 - A estrutura escalonada do ordenamento Kelseniano

O autor da Teoria Pura do Direito concebeu uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, sendo a ordem jurídica um conjunto de normas hierarquicamente estruturadas que regulam o comportamento humano. Para o autor, esse sistema de normas tem seu fundamento e conteúdo de validade deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental. Sendo assim, o princípio que opera a fundamentação da validade das normas desse sistema, um princípio estático¹²⁰. Já o princípio dinâmico caracteriza-se pelo fato da norma fundamental pressuposta ter por conteúdo uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre essa norma fundamental. O princípio estático refere-se ao conteúdo da norma jurídica e o dinâmico a sua criação¹²¹.

Nesse contexto, a unidade da ordem jurídica está na dependência e conexão que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra e, assim sucessivamente até se chegar à norma fundamental que é pressuposta, sendo essa o fundamento de validade último dessa conexão¹²². Isso porque

¹²⁰ Trazendo uma crítica ao critério de validez da ordem jurídica adotado em Kelsen, ver Eugenio Bulygin, *Validez e positivismo*, 1991, cit. pp. 499 e ss.

¹²¹ Também nesse sentido, também trazendo uma análise da Teoria Pura de Kelsen, Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro*. 1998, cit. pp. 270.

¹²² Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp.310.

o fundamento de validade de uma norma não se pode perder até o interminável, tendo que terminar em uma norma mais elevada que é pressuposta, já que não pode ser posta por uma autoridade, sob pena da infundável cadeia sucessiva de validade de uma norma mais elevada que estabeleceria a validade da norma inferior. Por isso, a validade da norma fundamental não pode ser derivada de norma mais elevada nem posta em questão o seu fundamento¹²³.

Se uma norma é válida, para Kelsen, também é vigente, e significa que ela é vinculativa, ou seja, o indivíduo se deve conduzir pelo modo prescrito pela norma. Por isso, o fundamento de validade de uma norma é outra norma, está designada como norma superior por confronto com a norma inferior¹²⁴.

Neste contexto, a norma fundamental é a instauração da criação jurídica e pode ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida do processo da criação do direito positivo. É norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de outra norma, posta por uma autoridade superior. Nesse sentido, a norma fundamental se refere imediatamente a uma Constituição¹²⁵.

6.2 - Os conflitos normativos e sua resolução para a manutenção da unidade do ordenamento

É necessário para a presente análise compreender como se procede a resolução dos conflitos de normas para a manutenção da unidade do ordenamento em Kelsen.

A norma fundamental constitui a unidade do ordenamento, o que também se exprime no fato de uma ordem jurídica poder ser descrita em proposições jurídicas que não se contradizem.

¹²³ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp.268. Tratando especificamente da questão da norma fundamental em Hans Kelsen, vide Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, 1996.

¹²⁴ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp. 267.

¹²⁵ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp.275-278.

No modelo de ordenamento idealizado por Kelsen, uma norma é válida ou não válida. Quando uma norma jurídica contradiz outra, somente uma delas pode ser objetivamente válida. Assim um conflito de normas representa algo sem sentido que deve ser resolvido pela via da interpretação. Como a estrutura da ordem jurídica estabelecida por Kelsen, como já dito, é escalonada, com normas superiores e inferiores ordenadas umas com as outras e em que a norma superior estabelece o processo de criação da norma inferior, os conflitos de normas dentro dessa ordem jurídica dividem-se em conflito entre normas do mesmo escalão hierárquico e conflito de normas de escalão superior com normas do escalão inferior¹²⁶.

Tendo em vista conflito entre normas do mesmo escalão, tem-se que:

- normas gerais estabelecidas por um mesmo órgão, mas em diferentes ocasiões: a validade da norma estabelecida por último prevalece sobre a da norma fixada em primeiro lugar (Princípio da lei posterior derroga lei anterior). A mesma regra é aplicada quando as normas envolvidas no conflito são estabelecidas por órgãos diferentes. Por exemplo, quando a Constituição atribui ao monarca e ao parlamento competência para regular um mesmo objeto através de normas gerais¹²⁷;

- as normas em conflito são estabelecidas ao mesmo tempo por um único ato: seria o caso de dispositivos contraditórios dentro de uma mesma lei. Nessa hipótese, ou se entende que a lei deixa ao arbítrio do órgão aplicador a escolha entre as normas contraditórias, ou, quando as normas só parcialmente se contradizem, que uma norma limita a validade da outra¹²⁸;

- quando duas normas individuais (decisões judiciais) foram postas por órgãos diferentes: Isso ocorre quando uma lei confere competência a dois tribunais para decidir o mesmo caso, sem estabelecer que a decisão de um dos tribunais tenha o poder de anular a do outro¹²⁹. O conflito é resolvido pelo fato de órgão executivo ter a faculdade de escolher entre observar uma ou outra das decisões, ou seja, observar uma ou outra das normas individuais.

¹²⁶ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit.pp.286.

¹²⁷ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1974, cit.pp.287.

¹²⁸ Afirma Kelsen que quando nenhuma das duas hipóteses é possíveis é porque o legislador prescreveu algo sem sentido, não existindo assim qualquer norma jurídica objetivamente válida. Isto porque, a norma fundamental empresta apenas aos atos que contêm um sentido subjetivo – de que os indivíduos devem conduzir de determinada forma – e que assim podem ter interpretado o sentido objetivo, não existindo qualquer norma jurídica objetivamente válida. (*Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp.287-288).

¹²⁹ O que afirma Kelsen ser uma técnica jurídica imperfeita apesar de não ser impossível de acontecer. (*Teoria Pura do Direito*, 1974, cit. pp.288).

Quanto a uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, ou seja, entre a norma que determina a criação de outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, já que a norma inferior tem o seu fundamento de validade na norma superior. Assim, uma norma inferior só poderá ser considerada válida quando está em harmonia com a norma superior¹³⁰.

Nesta estrutura escalonada, a Constituição ocupa o lugar mais elevado. Neste sentido fala-se em Constituição material, entendida como as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Já a Constituição em sentido formal é o documento designado como “Constituição” que, como Constituição escrita, contém normas que regulam a produção de normas gerais, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que serve para a estabilização das normas aqui designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica.¹³¹

Assim, simples lei não tem força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo. Esta lei só pode ser modificada ou revogada sob condições mais rigorosas, prevendo a Constituição para a sua alteração um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual, exigindo uma específica forma constitucional¹³².

A seguir a Constituição vem o escalão das normas gerais criadas pela legislação¹³³ ou pelo costume, e a seguir a ele, o escalão do processo judicial e administrativo¹³⁴. O direito legislado e o direito consuetudinário, como normas do mesmo escalão, revogam-se um ao outro segundo o Princípio da *lex posterior*.

¹³⁰ Hans Kelsen. *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.289.

¹³¹ Hans Kelsen. *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.310-311.

¹³² Como por exemplo, uma maioria qualificada ou um quórum mais amplo. Vide, Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit.pp.313.

¹³³ A produção de normas jurídicas gerais regulada pela Constituição é chamada de legislação e a Constituição é que vai estabelecer os órgãos responsáveis pela sua criação (Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, cit. pp. 311).

¹³⁴ No entanto alerta Kelsen que “*esta organização em três escalões não é inevitável. É possível que a Constituição não institua qualquer órgão legiferante especial, por forma a que os tribunais e autoridades administrativas sejam considerados pela Constituição imediatamente competentes para criarem eles próprios as normas que considerem adequadas ou justas para aplicar nos casos concretos*”. (Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.313).

Enquanto uma lei constitucional em sentido formal não pode ser revogada ou alterada por uma lei simples, mas apenas por outra lei constitucional, o direito consuetudinário tem eficácia derogatória relativamente a uma lei constitucional formal, mesmo que uma lei constitucional expressamente exclua a aplicação de direito consuetudinário¹³⁵. A validade do Direito Consuetudinário dentro de uma comunidade jurídica é limitada, uma vez que só é operada através de normas individuais a estabelecer pelos órgãos aplicadores do Direito, especialmente através das decisões judiciais que são normas individuais.

6.3 - Localização da Súmula Vinculante na Pirâmide de Kelsen e sua relação com os atos legislativos.

Afirma Kelsen que os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais. Uma decisão judicial não tem meramente um caráter declaratório. A função do tribunal não é de simples descoberta do direito ou jurisdição, ou seja, mera declaração do Direito. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não é meramente declarativa, mas sim tem um caráter constitutivo, já que o tribunal, para a aplicação da norma geral vigente de uma ordem jurídica a um caso concreto, precisa decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, ou seja, se ela foi produzida segundo o processo constitucionalmente estabelecido. Assim, o tribunal recebe competência da Constituição para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem que resolver¹³⁶.

¹³⁵ Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.316. Afirma ainda que “o Direito consuetudinário apenas pode ser aplicado pelos órgãos aplicadores do Direito quando estes órgãos sejam considerados competentes para tal. Se esta competência não é atribuída pela Constituição no sentido jurídico-positivo, quer dizer: se o costume qualificado não é instituído como facto produtor de Direito em sentido jurídico-positivo, então, para a aplicação de um Direito Consuetudinário que derogue o Direito legislado, seja considerada como juridicamente lícita, tem de se pressupor que a instituição do costume como facto produtor de Direito já se operou na norma fundamental como Constituição em sentido lógico-jurídico. Quer dizer: tem de pressupor-se uma norma fundamental que institua como facto produtor de Direito não só o facto legislativo como também o facto do costume qualificado”. (*Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.315).

¹³⁶ Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp. 329 e 336. Neste ponto, como já foi referido, posição contrária é a de Eugenio Bulgin, para quem os juízes não criam normas individuais, mas sim normas gerais. O autor também critica o fato de que, a única norma obrigatória encontrada por Kelsen na sentença é a norma individual contida na parte dispositiva. (*Sentencia Judicial y creacion de derecho*, 1991, cit. pp. 360 e 363).

No entanto, afirma Kelsen que um tribunal, principalmente um tribunal de última instância pode receber competência da Constituição para criar, através de sua decisão, normas gerais. Isso ocorre quando a decisão cria o chamado precedente judicial, ou seja, quando a decisão do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. No contexto apresentado por Kelsen, uma decisão judicial pode ter caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, pela norma geral criada pelo legislador ou pelo costume, ou quando essa determinação não é pacífica, permitindo várias interpretações. No primeiro caso, o tribunal cria direito material novo, com a força de precedente atribuída à decisão; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o tribunal funciona como legislador tal qual ao órgão que a Constituição atribui competência para legislar.

A generalização da norma contida no precedente pode ser feita pelo próprio tribunal como pelos outros tribunais que se encontram vinculados pelo precedente. No entanto, há que se chamar a atenção para a hipótese de um tribunal de última instância (como é o caso do STF), estar autorizado a decidir um caso, não em aplicação de uma norma vigente de Direito Material, mas segundo a sua livre apreciação do Direito, e atribuindo a essa decisão um caráter de precedente, ocorrendo assim um alargamento da função criadora dos Tribunais¹³⁷.

Em face do exposto, pode-se afirmar que é possível visualizar o lugar da súmula vinculante nessa teoria. Ela nada mais é do que a atribuição pela constituição – por meio da Emenda Constitucional nº45 – (sendo esta uma norma constitucional pressuposta) de uma competência ampliada, ao órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, para a criação de norma de caráter geral, tendo por base o seu entendimento sobre determinada matéria constitucional.

Essa autorização vai além da produção de normas gerais através das decisões dos precedentes, já que as súmulas vinculantes não são decisões, mas sim enunciados normativos, que são verdadeiras autonomizações da *ratio decidendi* contida nos precedentes do STF, sendo assim uma generalização desses precedentes. Dessa forma, traduzem o entendimento desse tribunal quanto a questões constitucionais, que estão a gerar controvérsia entre os diversos tribunais do Poder Judiciário Brasileiro, ou entre esse e a Administração pública, sobre a interpretação, vigência e eficácia de

¹³⁷ Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.344.

normas determinadas que tratem de matéria constitucional e que gerem controvérsia quanto a sua aplicação.

Assim, a súmula é norma jurídica, sendo-lhe atribuído o caráter vinculativo, inclusive foi instituída a possibilidade de reclamação diretamente ao STF no caso da sua desobediência (art.7º da Lei 11.417/06). Assim estabelece obrigatoriamente normas jurídicas a serem observadas por todos os outros órgãos do Poder do Estado, em todos os seus níveis.

Tendo em vista o exposto sobre a Teoria de Kelsen, pode-se afirmar que a súmula vinculante figura neste ordenamento como uma norma de caráter constitucional, estando assim no mesmo escalão das normas constitucionais, num patamar superior ao das normas gerais criadas pela legislação. A validade e caráter vinculante da súmula fundam-se na Constituição, que contém norma (art.103-A) que prevê a produção das súmulas vinculantes e prevê, inclusivamente, processo especial para a sua criação, revogação e alteração. Assim, a Constituição atribuiu ao STF nesse ponto, competência para a criação de normas gerais à semelhança do poder dado aos órgãos legislativos, ocorrendo uma descentralização da função legislativa, mas com a diferença de terem o caráter de norma constitucional e não de norma jurídica geral, de simples norma legal.

Assim, além da competência já atribuída ao STF do controle da constitucionalidade das leis, valendo essa decisão em relação a todos os casos a que a lei sob controle se refira, com a súmula vinculante traz ainda mais um caráter a essa função constitucional do STF, que vê o entendimento firmado nos enunciados das súmulas, tornarem-se verdadeiras normas constitucionais.

Além disso, afirma Kelsen a necessidade de haver órgãos supremos, sobre cuja competência já não poderá decidir órgãos superiores, cujo caráter de supremos órgãos legislativos, administrativos ou jurisdicionais, já não pode ser posto em questão. Eles se afirmam como órgãos supremos pelo fato de as normas por eles postas serem globalmente eficazes¹³⁸. É exatamente o caso do STF que é o órgão supremo do poder judiciário brasileiro, sendo a norma que lhe confere competência para estabelecer as normas gerais contidas em súmulas vinculantes (no caso a Emenda Constitucional n.º 45) pressuposta como Constituição válida.

¹³⁸ Hans Kelsen, *Teoria Pura...*, 1974, cit. pp.374.

Sendo assim, as súmulas estariam no mesmo patamar hierárquico da Constituição sendo superior ao patamar da produção legislativa geral. Assim não é possível revogá-las por qualquer lei geral, prevendo a Constituição para a sua alteração, um processo mais exigente, com uma específica forma constitucional. E tendo em vista que Kelsen estabelece que entre uma norma superior e uma norma inferior de uma ordem jurídica, não é possível qualquer conflito que destrua a unidade deste sistema normativo, sendo que uma norma inferior só poderá ser considerada válida quando está em harmonia com a norma superior, teoricamente, uma lei geral não pode revogar o conteúdo de uma súmula vinculante, por ser esta uma lei constitucional, não podendo ser revogada ou alterada por uma simples lei, mas apenas por outra lei constitucional.

V - CONCLUSÕES

1. O conceito de fonte do direito caracteriza-se pela generalidade e variedade das suas concepções, o que gera certa confusão, já que um determinado elenco de fontes do direito estabelecido por uma determinada doutrina ou ordenamento varia de acordo com a perspectiva de fontes do Direito que se adota. Assim, entende-se que fonte do direito é a expressão da norma, ou seja, o *enunciado normativo* que se interpreta e que permite a revelação de uma norma existente num determinado conjunto normativo, diferenciando-se da forma de produção de enunciados que são os meios através dos quais se podem criar as formulações de sentidos de dever ser.

2. Nos últimos tempos, ocorre uma convergência do sistema do *common law* com o sistema romano-germânico no sentido de um incorporar características do outro. Isso ocorre com a crescente valorização do direito legislado nos países do *Common Law* e, principalmente, com a adoção cada vez maior de institutos com caráter vinculante de origem jurisprudencial nos países de tradição romanista.

3. Assim, cada vez mais alguns países do sistema continental tornam obrigatório para os juízes seguir um precedente ou uma linha de precedentes, principalmente no que diz respeito à matéria constitucional e com o objetivo de unificação de jurisprudência.

4. Na atualidade, os tribunais do sistema romano-germânico que exercem a função de controle de constitucionalidade estão sempre adequando as suas decisões aos seus precedentes, ou autoprecedentes, não havendo lugar a tradicional diferenciação estanque entre precedente no sistema continental e no sistema anglo-saxão, segundo a qual, só os precedentes deste e que criariam normas gerais;

5. O instituto da súmula vinculante é um bom exemplo da intensa aproximação do sistema jurídico continental e anglo-saxão, já que se trata de um enunciado emitido pelo STF com força vinculatória obrigatória, por força da Constituição, para os demais órgãos do Poder judiciário e para a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas do Estado, sob pena de cassação da decisão judicial ou anulação do ato administrativo que seja desobediente.

6. Ao contrário da súmula vinculante, as tradicionais súmulas do STF são somente a expressão de entendimentos reiterados desse Tribunal explicitando o entendimento adotado por sua prática em determinados assuntos. Não tem caráter obrigatório nem vinculativo, principal ponto de diferença com relação à súmula vinculante.

7. Outra diferença relevante com relação às duas espécies de súmula do STF encontra-se na questão da eficácia, conceito este aplicável a ambos os institutos, sendo as súmulas vinculantes mais eficazes do que as tradicionais súmulas, uma vez que todos os sujeitos a que se dirige a súmula vinculante têm, por força de lei, que obedecê-la devido a sua obrigatoriedade. Ao contrário, as tradicionais súmulas não têm de ser obedecidas por todos os sujeitos a que se dirigem, por ser uma obediência apenas persuasiva, não vinculativa.

8. Entende-se o precedente como produto de um processo de generalização e categorização feito pelo juiz que o aplica exigindo dos juízes do sistema romano-germânico a necessidade de destacarem na sentença o que seria a *ratio decidendi* do caso, que equivale à norma que serve de fundamento para a tomada de decisão, e com base na qual a sentença poderá ser considerada uma norma geral.

9. Por sua vez, a súmula vinculante é uma espécie de autonomização da *ratio decidendi*, ou seja, as normas gerais contidas na jurisprudência do STF em determinado sentido ganham autonomia através dos enunciados das súmulas vinculantes, e os magistrados para a sua aplicação terão de proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto que tenham perante si.

Sendo assim, a diferença entre os dois institutos é meramente formal, já que ambos têm como fundamento a *ratio decidendi*.

10. Aponta a doutrina no sentido de que a eficácia *erga omnes* refere-se apenas a parte dispositiva da decisão, enquanto o efeito vinculante abrange os seus fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi*. Assim, segundo o efeito vinculante, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular de modo que tanto a parte dispositiva como os fundamentos da decisão devem ser observados por todas as autoridades.

11. O efeito vinculante está previsto na Constituição tanto para a súmula vinculante como para a ADIN e ADC. Nestas, implica que os efeitos das decisões transcendam o caso singular devendo ser observados por todos os tribunais e autoridades em casos futuros. Assim, até o legislativo está impedido de editar lei nova que contrarie o fundamento da decisão em ADC e ADIN.

12. Quanto ao efeito vinculante da súmula, temos que para o Poder Judiciário e Administração Pública o efeito vinculante é direto, não podendo a súmula deixar de ser aplicada cabendo inclusive reclamação diretamente ao STF. Por sua vez, o legislativo e os particulares em geral ficam indiretamente vinculados, não dando lugar a interposição direta de reclamação.

13. O STF - na sua função de controle de constitucionalidade das leis e tendo em vista os efeitos dessas decisões - tem um autêntico poder normativo. Neste sentido, opera como um legislador negativo nos casos em que declara a inconstitucionalidade de uma norma. E tem também um caráter de legislador positivo, quando através das suas interpretações declara a constitucionalidade condicionada de um preceito legal, impondo ou proibindo interpretações em determinado sentido, manipulando o texto da norma. É o que ocorre com o instituto da súmula vinculante.

14. Tendo em conta o conceito de fonte adotado no trabalho é possível concluir que a Súmula Vinculante é fonte do direito. Nesse instituto têm-se “enunciados de súmulas” (enunciado normativo – exteriorização da norma) que vão exteriorizar normas que traduzem o entendimento do STF sobre a validade, interpretação e eficácia estabelecidas por este Tribunal nas suas reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

15. A súmula vinculante figura, na Teoria de Kelsen e no ordenamento por ele criado, como norma de caráter constitucional estando no mesmo escalão das normas constitucionais, num patamar superior ao das normas gerais criadas pela

legislação. Desta forma, não podem ser revogadas por qualquer lei geral e só podem ser alteradas por específica forma constitucional. E tendo em vista a unidade do ordenamento - onde uma norma inferior só pode ser considerada válida quando está em harmonia com a norma superior - não é possível que uma lei geral revogue o conteúdo de uma súmula vinculante.

VI - BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis.

- *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert.

- *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, ano 22, nº66, p.13-64, Set./dez. 2002.

AMADO, Juan Antonio García.

- *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira.

- *O Direito. Introdução e Teoria Geral – uma perspectiva Luso-Brasileira*. 11ª. edição. Coimbra: Almedina, 2001.

- *As fontes do Direito no sistema jurídico anglo-americano*. In: Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos do Ministério das Finanças, 1974.

- *Os acórdãos com Força obrigatória geral do Tribunal Constitucional como fontes do Direito*. In Nos dez anos da Constituição. pp. 249-264. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1986.

ASSMANN, Eduardo Christini.

- A súmula vinculante e a súmula impeditiva de recurso. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, v.9, n.41, pp.85-92, Jan./Fev. 2007.

BALLE, José M.^a Lafuente.

- *La judicialización de la interpretación Constitucional*. Madrid: COLEX, 2000.

BERMAN, Harold J.

- *O fundamento histórico do Direito Americano*. In: Aspectos do Direito Americano. pp.11 e ss. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BRONZE, Fernando José.

- *Lições de introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra, 2002.

BULYGIN, Eugenio.

- *Sentencia Judicial y creacion de derecho*. In. Análisis lógico y Derecho. pp. 355-369. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- *Validez y Positivismo*. In. Análisis lógico y Derecho. pp. 499-519. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer.

- *Fuentes del Derecho: I. Principios del ordenamiento Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1991.

CANAS, Vitalino.

- *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional* (Conteúdo, objeto, efeitos). 2ª edição. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

- *O Tribunal Constitucional: órgão de Garantia da Segurança Jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo*. In. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra, pp.107-126, 2004.

CORDEIRO, António Menezes.

- *Da inconstitucionalidade da revogação dos assentos*. In. Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976, vol. I, Coimbra, pp. 799-811, 1996.

DAVID, René.

- *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 2ª edição. Lisboa: Meridiano, 1978.

DAWSON, Jonh P.

- *O fundamento histórico do Direito Americano*. In: Aspectos do Direito Americano. pp.22 e ss. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

DUARTE, David.

- *Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*. Almedina: Coimbra, 2006.

- Os argumentos da interdefinibilidade dos modos deônticos em Alf Ross: a crítica, a inexistência de permissões fracas e a completude do ordenamento em matéria de normas primárias. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. – RFDUL*, Lisboa, vol. 43, nº 1, p. 257-281, 2002.

DWORKIN, Ronald.

- *Los Derecho en sério*. Barcelona: Ariel, 1984.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu.

- Súmula vinculante e a Lei n.º 11.417, de 2006: apontamentos para compreensão do tema. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n.16, p. 111-113, Jan./Mar. 2007.

FRANÇA, R. Limongi.

- *Das formas de expressão do Direito*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, Coimbra, pp. 59-83, 1991.

GUASTINI, Ricardo.

- *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

- Concepciones de las Fuentes del Derecho. In: *Distinguiendo*. Estudios de teoría y metateoría del derecho. 1ª edição. Barcelona: Gedisa, 1999.

JANSEN, Rodrigo.

- A súmula vinculante como norma jurídica. *Revista de Direito Administrativo do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n.240, p. 225-264, Abr./Jun. 2005.

LAPORTA, Francisco J.

- Vindicación del precedente judicial en España. In *La vinculación del juez a la ley*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM). pp. 267 e ss. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Boletín oficial del Estado, 1997.

LOBO, Arthur Mendes.

- Breves comentários sobre a Regulamentação da Súmula Vinculante. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v.8, n.º45, pp.77-101, Jan./Fev. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira.

-*Controle Concentrado de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001

MARTÍN, Carlos de Cabo.

- *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Trotta, 2003.

MIRANDA, Jorge.

- *Manual de Direito Constitucional*. vol II. Coimbra: Coimbra, 1998.

MEDEIROS, Rui.

- *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira.

- *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de.

- *Justiça Constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra, 2005.

NEVES, A. Castanheira.

- *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.

OTERO, Paulo.

- *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PASSOS, José Joaquim Calmon de.

- Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº.10, Jan. 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 04 de Abril de 2007.

PRUDENTE, Antônio Souza.

- Súmula Vinculante e a Tutela do Controle Difuso de Constitucionalidade. *Consulex Revista Jurídica*, Brasília, v.9, n. 195, pp. 36-42, Fev.2005.

REALE, Miguel.

- *Teoria Tridimensional do Direito, Teoria da Justiça, Fontes e Modelos do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da moeda, 2003.

REVORIO, F. Javier.

- *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efeitos e legitimidade. Análisis especial de las sentencias aditivas*. Valladolid: Lex Nova, 2001.

RODRÍGUEZ, Caty Vidales.

- *La eficacia retroactiva le los cambios jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

SALMORÁN, Rolando Tamayo y.

- Jurisprudencia y formulación Judicial del Derecho. *Isonomia: Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*, nº21, pp.193 e ss, Outubro de 2004.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline.

- *Uma abordagem pragmática do ato jurisdicional normativo: os assentos e as súmulas vinculantes*. Relatório de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1999.

SODERO, Eduardo.

- Sobre el cambio de los precedentes. *Isonomía: Revista de Teoria e Filosofia del derecho*, n. 21, pp. 217 e ss, Outubro de 2004.

SORIANO, Leonor M. Moral.

- Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoria de los precedentes. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, 3ª época, nº57, pp.119 e ss, 2000.

STRECK, Lenio Luiz.

- *Súmula no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função: a ilegitimidade Constitucional do efeito vinculante*. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos.

- Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 4, n.12, pp. 147-161, Jan./Mar. 2006.

TREVIJANO, Pedro Jose Gonzalez.

- *La Costumbre en Derecho Constitucional*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1989.

KELSEN, Hans.

- *Teoria Pura do Direito*. 3ª edição. Coimbra: Arménio Amado, 1974.