

# DA SÚMULA VINCULANTE: UMA AFRONTA À VONTADE GERAL

*Manuel Vinícius Toledo Melo de Gouveia<sup>1</sup>*

*Luis Gustavo Tizzo<sup>2</sup>*

## RESUMO

A súmula vinculante, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 45 de 8 de dezembro de 2004 fez surgir outra forma de produção do direito, na medida em que outorgou efeito vinculante as decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, assim, justifica-se o interesse do presente trabalho no sentido de indagar acerca da compatibilidade do instituto vinculante com a legitimidade necessária ao conteúdo normativo, conforme exigência do Estado Democrático de Direito, assim, sem pretensão de esgotar-se o assunto, formula-se as linhas investigatórias que possibilitarão a abordagem da questão da legitimidade do Judiciário na produção da súmula vinculante.

## PALAVRAS-CHAVE

SÚMULA, LEGITIMIDADE, DEMOCRACIA.

---

<sup>1</sup> Mestrando Do Curso de Ciências Jurídicas do Unicesumar, professor nos cursos de Direito e Ciências Contábeis da Unopar - Arapongas.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelo Unicesumar, professor no curso de Direito da Unopar - Arapongas.

## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu artigo 103 A, com redação dada pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula com efeito vinculante a todos os órgãos do poder judiciário nacional e administração direta ou indireta.

Outrossim, referida emenda constitucional imbuída de um caráter utilitarista, através das alterações que promove no sistema judiciário, busca aparatá-lo de maior eficiência e efetividade, contudo e, especificamente em relação à súmula vinculante; propõe o presente trabalho, discutir a legitimidade de tal vinculação à luz do princípio democrático de direito.

Para tanto, necessário que se analise o conceito do instituto da súmula em sentido amplo e sua natureza jurídica, estudo que se faz necessário a fim de observar-se se o efeito vinculante calha à ideia conceitual do instituto.

Fundamental, ainda, que se identifique a natureza do próprio instituto vinculante em si, a fim de se validar ou não a legitimidade da consequência normativa da súmula vinculante, ou, em outras palavras, se esta se coaduna com os princípios democráticos alinhados na Constituição Federal, que fundamentam o exercício do poder estatal.

## 2. Do Instituto da Súmula

Segundo conceituação trazida pelo próprio glossário do Supremo Tribunal Federal, disponível no sítio por este mantido na rede mundial de computadores:

Súmula.

Descrição do Verbete: Palavra originária do latim SUMMULA, que significa sumário, restrito, resumo. É uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. **A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões.** (não grifado no original).<sup>3</sup>

No campo das definições, é possível afirmar que a súmula será o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal instrumentaliza um entendimento uníssono ou harmonioso acerca da interpretação, alcance e validade de uma norma.

---

<sup>3</sup> GLOSSÁRIO DO STF. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

Note-se, portanto, que a própria noção conceitual trazida pelo Supremo Tribunal Federal não outorga a esta interpretação caráter vinculante, ou cogente, como se queira, entendendo-a como forma de persuasão, orientação que deve ser seguida para as futuras decisões, coadunando-se com tal noção conceitual os princípios teleológicos da livre convicção do juiz e da segurança jurídica.

Parece, portanto, que a natureza jurídica da sumula (*summula*) distancia-se do efeito vinculante, atribuindo-se a esta sentido de orientação, de predomínio de entendimento que inevitavelmente sofrerá alterações, nesse mesmo sentido, entendeu o Superior Tribunal Federal ao proferir acórdão da lavra do então Ministro Eros Grau:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ENUNCIADOS DE SUMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA ARGÜIÇÃO. 1. O enunciado da Súmula desta Corte, indicado como ato lesivo aos preceitos fundamentais, não consubstancia ato do Poder Público, porém tão somente a expressão de entendimentos reiterados seus. À argüição foi negado seguimento. 2. Os enunciados são passíveis de revisão paulatina. A argüição de descumprimento de preceito fundamental não é adequada a essa finalidade. 3. Agravo regimental não provido. (ADPF 80 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJ 10-08-2006 PP-00020 EMENT VOL-02241-01 PP-00001 RT v. 95, n. 854, 2006, p. 103-106)<sup>4</sup>

Nesse sentido, possível afirmar-se pela natureza jurídica de orientação, poderá ser entendido como instrumento de eficiência, acelerando o andamento dos processos que tratem de matérias análogas, prezando, ainda, pela segurança jurídica ao propiciar decisões uniformes em casos parecidos. É nesse sentido que e, historicamente a ideia da orientação jurisprudencial se desenvolve junto ao Supremo Tribunal Federal.

No ano de 1963, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, através de emenda ao Regimento do Supremo Tribunal Federal, que entrou em vigor em 1964, foi criada a Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuja parte da redação, transcreve-se:

---

<sup>4</sup> Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+80%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+80%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/mh4onbf>. Acesso em 02 de outubro de 2014.

Art. 1º. É criada, no Supremo Tribunal Federal, a Comissão de Jurisprudência, integrada por três Ministros, designados pelo Presidente.

Art. 2º. Compete à Comissão de Jurisprudência:(...)

IV - Velar pela publicação e atualização da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, a que se referem os artigos seguintes.[...]<sup>5</sup>

Notadamente, o espírito que orientou a criação da comissão fora o da eficiência e coordenação, já que à época, o próprio Tribunal desconhecia o teor de suas decisões, posto que não existia uma comissão que organizasse e disponibilizasse tais teores, facilitando a consulta de tais julgados e, com isso, contribuindo-se para a celeridade processual.

Segundo a ideia do próprio Ministro Victor Nunes, a súmula conceitualmente traz em si o objetivo de instrumentalizar a atuação do magistrado de forma que esta se revele rápida e segura na resolução do caso concreto, não vislumbrando qualquer efeito cogente ou vinculante desta:

A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na Súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação. Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da Súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seus recurso com quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento.<sup>6</sup>

Assim, historicamente, a introdução do modelo sumular no ordenamento

---

<sup>5</sup> Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1963.pdf> . Acesso em : 02 de outubro de 2014.

<sup>6</sup> DIAS, Marcos Gil Barbosa, Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal, p. 6. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1> . Acesso em 02 de outubro de 2014.

brasileiro presta-se a resguardar a segurança jurídica, ante a homogeneidade das decisões que analisariam casos análogos, bem como, a contribuir com a melhoria do próprio sistema de direitos, fertilizando o campo argumentativo necessário para a possível alteração de orientação plasmada no ideário judicial. Em momento algum, ao analisar-se o caráter conceitual ou histórico da súmula, nota-se o elemento vinculativo, objeto de discussão do presente trabalho.

Outrossim, para que se entenda como o sistema sumular passar a abarcar em seu campo a força vinculante do enunciado, dando a este caráter não mais indicativo mas, sim, normativo, é necessário a análise da influência dos sistema da *common law*, mais especificamente no que tange à utilização da teoria dos precedentes.

### 3 A Súmula Vinculante e a Teoria do *Stare Decisis*

Notadamente os países de tradição anglo saxônica organizam e fundamentam seus sistemas jurídicos pela *common law*, que, por sua vez tem como principal elemento de fundamentação a teoria do *stare decisis*, expressão latina, que em seu original: *Stare decisis et non quieta movere*, ou, em uma tradução livre: Mantenha-se o que foi decidido<sup>7</sup>

Já o sistema do *stare decisis*, subdivide-se em dois sub componentes o do *binding authority* e *persuasive precedent*. Ou seja, os tribunais superiores devem ser seguidos em suas decisões, seja por conta, no primeiro caso da vinculação, da autoridade que este exerce em seus precedentes, ou no segundo, pela persuasão que estes exercem.

Observa-se, assim, que na tradição saxônica a constituição do direito se faz pela atuação judicial, seja por conta do argumento de autoridade outorgado às decisões superiores, seja pelo argumento da validade teórica de tais decisões capacitando-as a serem precedentes de orientação. Fato é que e, conforme se demonstrará a vinculação dos sistemas de precedentes encontra-se na própria legitimidade dos argumentos que o compõem, sendo, portanto razões de persuasão e não puramente vinculativas como se vê no sistema da súmula vinculante.

Como sabido, nos países onde os sistemas jurídicos organizam-se pela *civil law*, como é o caso do Brasil, a atuação judicial insere-se no campo de interpretação e aplicação da norma; outrossim, em uma leitura eminentemente positivista, o juiz seria mero aplicador da norma, ou nas palavras de Montesquieu: [...] “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua

---

<sup>7</sup> Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004. p.160

força bem seu rigor”<sup>8</sup>.

Obviamente que o sistema jurídico coevo não se coaduna com tal radicalismo, sendo necessário reconhecer, mesmo em um sistema de normas positivadas a força criadora do juiz, como fez Kelsen na obra *Teoria Pura do Direito*<sup>9</sup>.

Sem o risco de afastar a análise do tema proposto, volta-se a contemplar o sistema de precedentes, o fazendo através da observação da *ratio decidendi*, ou a razão, o fundamento da decisão, é esta tese jurídica formulada pelo juiz que formará o precedente balizador das decisões futuras, é o núcleo duro da decisão, capaz de vincular os casos futuros. Outrossim, e, em última análise, tal vinculação se dá ante o conteúdo persuasivo deste núcleo central, capaz de validar este ou aquele sentido da decisão.

De toda sorte e mesmo em um sistema onde as decisões são vinculadas a um precedente judicial, existem formas que inibem a aplicação deste. A primeira inaplicabilidade consubstanciada no *distinguishing*, ou seja, o precedente apenas poderá ser aplicado em causas em que os fatos nucleares guardem identidade com o caso do precedente que se quer aplicar. Ainda, outro mecanismo de inibição encontra-se no *overruling*, que é a própria revogação do precedente, por considerar-se que este não apresentou a melhor solução jurídica, ou seja, que houve interpretação errônea do direito.

Parece, portanto, que o legislador ao adotar o efeito vinculante à sumula editada pelo Supremo Tribunal Federal inspira-se no sistema anglo saxão, trazendo deste, elementos jurídicos capazes de fundamentar a utilização do referido instituto.

Em sede nacional, a adoção da teoria dos precedentes não é novidade, basicamente as Leis 8038/90, 9139/95 e 9.756/98 estabelecem a chamada vinculação horizontal<sup>10</sup>, ao outorgarem competência ao relator do recurso interposta de negar seguimento a este em caso de dissenso com jurisprudência dominante ou súmula daquele determinado tribunal.

A teoria da vinculação dos precedentes também encontra guarida no

---

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, Charles. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.157

<sup>9</sup> [...] uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um Direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou “jurisdição” (“declaração” do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p.255-256

<sup>10</sup> É um precedente que vincula o Tribunal internamente, não se transmite para os demais órgãos, seja do judiciário ou da administração.

que tange ao controle de constitucionalidade, sendo este imposto pelo Supremo Tribunal Federal conforme outorga-lhe competência o artigo 102 e seu parágrafo segundo, que prevê a extensão geral (eficácia contra todos<sup>11</sup>) dos efeitos das decisões relativas ao controle difuso de constitucionalidade, sendo referidos efeitos estendidos pelo legislador infraconstitucional também às decisões relativas ao controle concentrado de constitucionalidade, conforme os termos do parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99.<sup>12</sup>

Anotação que se faz necessária, trata acerca da compatibilidade da teoria vinculativa do precedente com o sistema da *civil law*, veja-se que e, inclusive, tal preocupação já era esboçada quando da instituição da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sofrera críticas por parte de uma série de doutrinadores que defendiam a incompatibilidade da instituição da súmula nos países de tradição romano germânica; contemporizando tais manifestações, vale a transcrição da resposta do Ministro Victor Nunes Leal:

A Súmula também não é obrigatória para o próprio Supremo Tribunal: os advogados, quando surgir a oportunidade em algum processo, poderão pedir-lhe que reveja a orientação lançada na Súmula, mas também deles se espera que estudem mais aprofundadamente o assunto para que, em face de argumentação nova ou de novos aspectos do problema, ou de apresentação mais convincente dos argumentos anteriores, possa o Tribunal render-se à necessidade ou conveniência de alterar sua orientação. Essa exigência do mais acurado estudo para se obter modificação da Súmula contribuirá para o aperfeiçoamento do trabalho profissional dos advogados, muitos dos quais anteriormente interpunham seus recurso com quem joga na loteria, na esperança de composição eventual do Tribunal que os favorecesse por ocasião do julgamento.<sup>13</sup>

Sem imiscuir-se no cerne do presente trabalho, o que se busca não é refutar a possibilidade da instituição do sistema sumular no ordenamento pátrio, bem como, repelir a possibilidade de diálogo entre os sistemas da *comow law* e da *civil*

---

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>12</sup> A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. BRASIL, Lei 9.868 de 10 de novembro de 1990. DOU.

<sup>13</sup> DIAS, Marcos Gil Barbosa, *opcit* p.6.

*law*. Deseja-se sim analisar a forma como a vinculação do precedente utilizada em nosso ordenamento repele a ideia do princípio democrático e se revela em instituto ilegítimo de exercício de poder.

Para tanto, passa-se a elencar as características fundamentais e natureza jurídica da súmula vinculante, bem como, as justificativas que levaram o legislador à sua instituição.

#### 4 Características da Súmula Vinculante

A súmula vinculante tem previsão conforme os termos do artigo 103 A da Constituição Federal, cuja transcrição é válida para análise de suas características:

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

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica <sup>14</sup>

Veja-se, portanto, que a partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, o Supremo Tribunal Federal fora imbuído da competência de editar súmula vinculante; enunciado prescritivo acerca da validade, interpretação e eficácia das normas, conforme se depreende da análise do parágrafo primeiro do artigo em tela. Atualmente, valendo-se de tal prerrogativa, o Tribunal em tela já editou, até o momento da realização deste trabalho, 33 (trinta e três) súmulas vinculantes.

Outrossim e, como dito, a súmula vinculante é, em estrutura, um enunciado prescritivo, ou seja, prescreve, dirige determinada conduta, a título de exemplo calha a transcrição da súmula vinculante 26: Súmula Vinculante nº 26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o **juízo da execução**

---

<sup>14</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.



**observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.(não grifado no original).

Note-se, portanto, que a súmula vinculante reveste-se de caráter normativo na medida em que prescreve uma conduta; veja-se ainda que o conteúdo do enunciado pertence à ordem jurídica, emitido por órgão que e, formalmente detêm competência para tanto. Calha à fundamentação da ideia ora delineada a ponderação que J. Cretella Jr. e Agnes Cretella fazem acerca do conceito de norma jurídica, na teoria de Kelsen: “De certo modo, as *normas coercitivas* (normas de conduta) encontram-se no ponto central de um sistema jurídico, prescrevendo aos homens determinadas condutas”<sup>15</sup>.

Ainda, no que tange à abrangência da súmula vinculante, tem-se que esta se dá de forma geral, haja visto que destina-se a todos os órgãos do poder judiciário e, ainda, à administração pública, de forma que todos seus integrantes restam subordinados ao teor do enunciado. Inobstante tal fato, tem-se que a submissão dos integrantes do judiciário garante à sumula vinculante alcançar a todos em geral, já que, cientes da determinação superiora, não mais as arguirão perante os juízes competentes para a pacificação do caso em concreto.

As súmulas podem também serem caracterizadas como normas em abstrato, posto que não se destinam àquele determinado caso em concreto, ao contrário, possuem disposições descritivas, aplicáveis para casos hipotéticos que virão a ocorrer. Note-se que a própria redação do artigo 103 A, outorga tal caráter de abstração ao prever que a edição da súmula vinculante se dará em caso de controvérsia sobre a eficácia, validade e interpretação de normas, em abstrato.

A luz do todo disposto, possível, a princípio, atribuir-se à súmula vinculante natureza de norma jurídica, contudo, a partir das lições de Marcelo Novelino seria possível caracterizar-se a sumula vinculante como uma metanorma. Nesse sentido:

Alexy concebe um sistema jurídico de três níveis: o dos princípios, o das regras e o da argumentação jurídica. Situadas no nível da argumentação jurídica, as *metanormas* (ou postulados normativos) não estabelecem diretamente um dever de adotar um comportamento (regras) ou de promover um estado ideal de coisas

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans: Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 8ªed. rev. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012, p. 47.

(princípios), mas sim, o modo como esse dever deve ser realizado. As **metanormas** são, portanto, normas sobre a aplicação de normas. Possuem, desse modo, um *status* metodológico<sup>16</sup>.

Desta feita e, no campo conceitual, possível caracterizar a súmula vinculante como metanorma, na medida em que sua função, conforme determinação constitucional, é a de determinar a validade, eficácia, interpretação e porque não dizer, alcance das demais normas jurídicas componentes do ordenamento.

Quanto aos aspectos formais da súmula vinculante, diz o artigo 103 A, que a competência para a sua edição será do Superior Tribunal Federal, que será exercida *ex officio* ou por provocação, sendo esta exercida pelos legitimados cujo rol vem no artigo 3º e incisos da Lei 11.417/06<sup>17</sup>, que são, em última análise, os mesmos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Considerando-se ainda, o alcance da atuação do Supremo Tribunal Federal, tem-se que este pode outorgar à súmula dita ordinária, efeito vinculante, sendo que e, a partir da publicação passa a ter aplicação imediata, ressalvadas eventuais exceções. No tocante ao quorum necessário para a edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante, este não será privilegiado, bastando o comparecimento de 2/3 (dois terços) dos membros do Tribunal em sessão plenária para a efetivação do ato normativo.

Ainda, faz-se necessário tecer breves considerações acerca das justificativas fáticas ou sociais, como se queira, que levaram à instituição da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro; assim e como já consagrado quando da adoção do instituto sumular através da criação da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no ano de 1963, a ideia basilar para edição do artigo 103 A, fora a da celeridade processual.

Amparado em uma realidade fática onde os recursos de proliferam aos milhares ante as bancadas dos tribunais do país, o legislador tende a encontrar fórmulas capazes de racionalizar a demanda judicial, diminuindo assim o trânsito de ações e até mesmo do acesso de tais demandas aos tribunais. Outra justificativa encontra-se na segurança jurídica e na isonomia, na medida em que a edição da súmula asseguraria o tratamento isonômico aos méritos de casos análogos

---

<sup>16</sup> NOVELINO, Marcelo, Direito Constitucional, 6. Ed. rev. atual e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2012.

<sup>17</sup> BRASIL, Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006, Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. DOU.

isonômicas, assegurando-se um resultado eficaz ao litigante.

De se iluminar, que todas as justificativas acima dispostas são de ordem instrumental, motivo pelo qual pode-se afirmar que súmula vinculante é pensada sobra a ótica de um *ethos* jurídico que tem como valor maior a utilidade, a eficiência, de forma a garantir-se um processo de resultado, capaz de produzir de forma célere a decisão judicial perquirida.

Contudo, ponderação cabível é a de que nem sempre a decisão mais célere será a que traz em si a melhor interpretação do direito, assim, não é possível confundir processo de resultado com processo de qualidade, entende-se este último como aquele que de fato, aplicadas todas as técnicas processuais cabíveis, é capaz de proporcionar a melhor solução jurídica para o caso em concreto.

Veja-se que tais considerações consubstanciam-se em solo fértil para discussão acerca da ilegitimidade da súmula vinculante como instrumento hábil à aplicação do direito, contudo é inexistência de participação que se encontra o calcanhar de Aquiles da norma exposta no artigo 103 A .

## 5 Da Ilegitimidade da Súmula Vinculante

Considera-se, a priori, é legítimo o exercício de poder por parte do Estado, na medida em que este o faz em nome e com o consenso de seu povo; desta forma, é a atuação popular que confere à determinada norma conteúdo material de direito, assim, seria a vontade geral a legitimadora de tal ordenação.

Nesse sentido é o entendimento de Jean Jacques Rousseau que já no ano de 1762, através da publicação de sua obra “O Contrato Social”, sedimenta o conceito da soberania popular, que tem como único titular desta, o povo, conceituada assim como sendo o exercício da vontade geral, de forma que o pacto social legitima o poder soberano, exercido sobre os membros do corpo político, sendo dirigido pela vontade popular e, igualmente, limitado por tal vontade<sup>18</sup>.

No mesmo sentido, resguardadas as devidas peculiaridades, Immanuel Kant entende que a origem da lei é oriunda da vontade, ou seja, o elemento que dá corpo a norma é a ideia de que, uma lei exterior apenas poderá ser considerada “legítima” se a ela o individuo puder outorgar seu consentimento. Desta feita, o direito que regulará as relações de um povo, proverá de uma lei pública que por sua vez tem nascedouro em uma vontade pública, ou seja, uma vontade geral unida, elemento legitimador da aplicabilidade das leis, sendo que ao analisar tal

---

<sup>18</sup> Rousseau, Jean Jacques, Do Contrato Social – Col. Saraiva de Bolso, edição digital, São Paulo, 2012,

legitimação, vai mais a fundo e propaga a faculdade do cidadão que, imbuído da razão, poderá desobedecer aquela lei para a qual não possa dar seu consentimento.

Aportando-se à noção de legitimidade, Kant considera a Constituição Republicana essencial para sua realização da vontade geral, haja visto que nessa os cidadãos, autonomamente e através do voto outorgam ao legislador a tarefa de, segunda aquela vontade geral, elaborar as leis<sup>19</sup>. Tal informação faz-se essencial por calhar perfeitamente ao princípio democrático analisado mais a frente.

Ainda, seguindo a ideia kantiana, Norberto Bobbio ao centrar-se na legitimidade do Estado como titular do poder, também entende que esta tem seu substrato de validade na vontade geral, a qual chama de “consenso livremente manifestado”:

Podemos dizer que a legitimidade do Estado é uma situação nunca plenamente concretizada na história, a não ser como aspiração, e que um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que torna rela o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, isto é, na medida em que consegue se aproximar à idéia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais.<sup>20</sup>

Habermas, imbuído da mesma preocupação, vincula a validade do conteúdo matéria das normas ao resultado do debate, do discurso, formando-se, através de conexões de comunicativas uma vontade racional que estará qualificada a decidir se dada norma tem o condão de ser estruturada juridicamente (ou seja, uma conduta prescritiva ou um dever ser, cuja desobediência acarreta uma sanção). Assim: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais<sup>21</sup>”.

Nesse contexto, em que pese a legalidade da norma estampada no artigo 103 A da Constituição Federal conservar-se positivamente intacto, posto que produzida conforme a forma legal preconizada para tanto, tem-se que seu conteúdo material falece no requisito de validade, posto que o teor nesta contido desobedece

---

<sup>19</sup> NOUR, Soraya *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais/Soraya Nour* – São Paulo: Martins Fontes, 2004 – (coleção justiça e direito).

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto, *Dicionário de política I Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino*; trad. Carmen C. Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1 ed., 1998. Vol. 2. p. 679.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, p. 142.

ao princípio da participação popular ou princípio democrático, como se queira.

Com esta mesma inteligência possível afirmar que as normas produzidas através da edição de súmula vinculante contrariam toda a fundamentação valorativa que legitima a validade desta referida norma, através da participação popular.

É inegável que a súmula vinculante reveste-se de caráter normativo, mormente pela possibilidade que tem o Supremo Tribunal Federal de editá-las sem qualquer provocação, sendo tal atividade típica da legislatura. De forma que e, ao fazê-lo, rompe com a lógica constitucional, principalmente no que diz respeito a sistemática da divisão dos três poderes e, se imiscui em atividade sobre a qual não possui competência.

Outrossim, necessário ressaltar que a tripartição dos poderes é garantia de ordem democrática, necessária para a manifestação da vontade popular, já que desconcentra o acúmulo de poder das mãos deste ou daquele órgão do Estado possibilitando que e, através de processos democráticos o poder seja de fato exercido em nome do povo.

Não bastasse todo arcabouço valorativo lançado para fundamentar a ilegitimidade da súmula vinculante, outro existe, de ordem constitucional.

Da interpretação sistemática da Constituição Federal, entende-se que a forma como o povo expressar seu poder é a lei; outrossim, é através da lei que será plasmada a vontade geral no sentido de institucionalizar-se determinada conduta, alçando-a ao status de norma jurídica, é esta a ideia disposta no artigo 5<sup>a</sup>, II da Constituição Federal, ao determinar que [...] “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>22</sup>; para a qual diga-se, o cidadão outorgou seu consentimento, conforme o conceito kantiano de legitimidade, ou ainda, participou em sua formulação, manifestando sua vontade.

Apenas os eleitos pelo povo, segundo o artigo 45 da Constituição Federal podem manifestar a vontade do povo, nesse sentido: “ A Câmara dos Deputados compõe-se de **representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional**, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”<sup>23</sup>. (não grifado no original)

Veja-se, portanto, que nem os integrantes do Poder Executivo nem o Poder Judiciário representam a vontade do povo, simplesmente cumprem ou atuam conforme tal vontade. Desta forma, tem-se que atuação normativa do Supremo Tribunal Federal extrapola aos limites constitucionais impostos, ofendendo,

---

<sup>22</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

<sup>23</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, Op. cit.

inclusive, cláusula pétrea.

Isto porque, segundo o artigo 60 parágrafo quarto da Constituição Federal, não será passível tratar-se em emenda constitucional matéria que tenda à abolição da separação dos poderes, situação que e conforme a sistemática acima retratada desenvolve-se mediante a judicialização do ato normativo, deslocando-se o judiciário de seu papel originário de aplicador da lei, para postar-se como fonte principal da criação do direito, na medida em edita normas hierarquicamente superiores às produzidas pelo legislativo, posto que e, como visto, na qualidade de metanorma, tem a súmula vinculante o condão de sujeitar os limites, validade e interpretação da lei.

Por tais razões, possível afirmar que o artigo 103 A rompe com a ordem constitucional vigente, posto que desrespeita determinação imposta pelo constituinte originário (fundador da ordem jurídica atual) ao desobedecer cláusula pétrea; ainda, possível afirmar também que referido artigo afronta ao princípio do livre convencimento do Juiz exposto de forma implícita no artigo 93, IX da Constituição Federal.

Concentrando-se assim, no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de interpretação e reconhecimento de validade da norma, retirando-se dos demais julgadores a possibilidade de qualquer criação ou inovação jurídica ante o imperativo da súmula vinculante, podendo-se, até mesmo cogitar a aplicação de sanção administrativa para aquele juiz que recusar-se ao cumprimento da súmula vinculante.

A luz deste cenário parece que referido instituto presta-se a instauração de verdadeira ditadura judicante, atrelando-se tanto os órgãos do judiciário quanto da administração à deliberação do Tribunal Constitucional, *mutatis mutandis*, o juiz deixa de ser a boca da lei e passa a ser a boca pela qual o Supremo Tribunal Federal profere suas sentenças normativas.

Tal afirmação ganha mais fôlego ao considerar-se que diferentemente do que ocorre no sistema da *comow law*, o ordenamento jurídico brasileiro não possui técnica capaz de impedir a aplicação do precedente nos moldes impostos pela súmula vinculante, mormente no que toca a possibilidade de aventar-se pela não aplicação do melhor direito ao caso, haja visto que e, mesmo prevendo o artigo 3º da Lei 11.414 de 2006 que os legitimados a propor a edição da súmula vinculante também o serão para revisão ou cancelamento, a decisão que analisará tal propositura continuará a cargo do Supremo Tribunal Federal, concentrando-se neste o poder absoluto de decidir acerca da validade da norma.

De toda sorte tal situação fere de morte a diversidade dos entendimentos jurídicos e distancia-se diametralmente do princípio democrático da participação popular.

## 6 Considerações Finais

Tecidas as considerações acima dispostas, sem pretensão de esgotar-se o assunto objeto das ponderações que seguiram, é possível traçar alguns breves apontamentos: De acordo com o estudado a súmula vinculante aporta ao sistema jurídico pátrio na condição de metanorma, concentrando no Supremo Tribunal Federal a faculdade de decidir acerca da interpretação, validade e eficácia da norma, postando referido órgão na posição central de produtor do direito na ordem pátria, deslocando-se, desta forma, tal competência outorgada pelo constituinte originário do Poder Legislativo para o tribunal em espeque; tal deslocamento infringe o princípio democrático da participação popular, motivo pelo qual tem-se pela invalidade material do artigo 103 A da Constituição Federal, que correspondem, em última análise, a ilegitimidade do instituto da súmula vinculante.l.

---

## Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL, **Lei 8.038 de 28 de maio de 1990**, Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.DOU.

BRASIL, **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1990**, Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. DOU.

BRASIL, **Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995**, Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento.DOU.

BRASIL, **Lei nº. 9.756 de 17 de dezembro de 1998**, Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais.DOU.

BRASIL, **Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006**, Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. DOU.

BOBBIO, Norberto, **Dicionário de política II** Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco

Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1 ed., 1998. Vol. 2.

Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DIAS, Marcos Gil Barbosa, **Controle de Constitucionalidade e Política Judiciária: evolução histórica das Súmulas no Supremo Tribunal Federal**, p. 6. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/98700/Marcus%20Gil%20Barbosa%20Dias.pdf?sequence=1>

HABERMAS, Jürgen, **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I**, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KELSEN, Hans: **Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 8ª ed. rev.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2012.

MONTESQUIEU, Charles. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

NOUR, Soraya **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais/Soraya Nour** – São Paulo: Martins Fontes, 2004 – (coleção justiça e direito).

NOVELINO, Marcelo, **Direito Constitucional, 6. Ed. rev. atual e ampl** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2012.

Rousseau, Jean Jacques, **Do Contrato Social – Col. Saraiva de Bolso**, edição digital, São Paulo, 2012.

#### **Sítios consultados:**

GLOSSÁRIO DO STF. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>  
Acesso em 02 de outubro de 2014.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+80%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+80%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mh4onbf>  
Acesso em 02 de outubro de 2014.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1963.pdf>  
Acesso em : 02 de outubro de 2014.