

## Súmula vinculante, princípio da separação dos poderes e metódica de aplicação do direito sumular.

### Repercussões recíprocas

Luís Fernando Sgarbossa\*

Geziela Jensen\*\*

Elaborado em 03.2008.

Sumário. 1. Introdução. 2. Fontes do direito brasileiro: legislação, doutrina, jurisprudência e costume. 3. Primeiras manifestações de jurisprudência vinculante no Brasil. 4. Emenda Constitucional n. 45/04 e o advento da Súmula vinculante. 5. Lei n. 11.417/06 e a regulamentação da Súmula vinculante. 6. As primeiras Súmulas Vinculantes do STF. 7. Problematizações quanto ao instituto da Súmula vinculante: poder normativo judicial e separação dos Poderes e outras afetações. 8. Súmula vinculante ou enunciado vinculante? Uma distinção necessária. 9. A contribuição do direito comparado: civil law vs. case law. 10. Aplicação do direito jurisprudencial. 10.1. Regra do stare decisis. 10.1.1. Ratio decidendi ou holding. 10.1.2. Obiter dictum. 10.2. Técnica das distinções. 11. Proposta de metódica de aplicação do direito sumular. 12. Considerações finais de ordem geral. 13. À guisa de conclusão: súmula vinculante vs. Lei. Referências bibliográficas.

---

Introdução

Passados alguns anos da publicação de nosso artigo "A Emenda Constitucional n. 45/04 e a Súmula vinculante e o livre convencimento do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade" [01], tendo em vista as alterações supervenientes, especialmente a regulamentação do instituto por lei e a edição das primeiras Súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal com caráter vinculante para o Poder Judiciário e para a administração pública, se fazem necessárias as considerações que serão desenvolvidas neste trabalho.

A abordagem presente terá como centro principal a metódica de interpretação, aplicação e argumentação do direito de origem judicial em geral e jurisprudencial em particular, tendo como problematização essencial a servir de pano de fundo a questão da outorga de poder normativo ao Judiciário em face do Princípio da Separação dos Poderes, dentre outras tensões que informam o novo instituto.

A proposta de solução que se fará a seguir parece ter o condão, s.m.j., de dar uma resposta satisfatória à questão que se coloca através das considerações metodológicas a seguir expendidas.

Entrando diretamente no tema, insta recordar, inicialmente, que a introdução, no ordenamento brasileiro, do novel instituto denominado Súmula vinculante, através da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, do ano de 2004, e do ulterior advento da Lei n. 11.417, de 2006, regulamentando o instituto, vem suscitando diversas questões quanto à sua aplicação.

Com efeito, a despeito de alguns casos esparsos de jurisprudência vinculante, precedentemente existentes no Brasil, nosso sistema é de matriz romano-germânica, vale dizer, direito de origem legislativa, e não jurisprudencial, diversamente da cepa anglo-americana, cujos precedentes são vinculantes por vigência da regra da stare decisis, como ver-se-á adiante.

Assim, não podia deixar de causar dificuldades de ordem metodológica a superveniente aplicação, ainda que residual, de direito de origem judicial nestas paragens.

Com o presente estudo objetiva-se, em via principal, esclarecer aquilo que se reputa uma aplicação equivocada do direito consubstanciado na Súmula vinculante – i.e., a aplicação de seu enunciado por subsunção, como se texto de lei fosse, o que se reputa absolutamente inadmissível – em favor de uma aplicação das Súmulas vinculantes pautada pela razoabilidade e que atenda às

peculiaridades do caso concreto, através das técnicas de aplicação do direito oriundas do case law e aproveitadas, feitas as adaptações necessárias, em nosso sistema.

Em via acessória, pensa-se estar demonstrando a atual imprescindibilidade do estudo e conhecimento da ciência do Direito Comparado, sem cujas contribuições a solução plausível e razoável que se pensa ter dado à problemática com este singelo estudo seria impossível.

-----

2. Fontes do direito brasileiro: legislação, doutrina, jurisprudência e costume.

É sabido que, filiando-se o direito brasileiro à cepa romano-germânica a fonte primacial do direito positivo encontra-se na legislação. [02] Ao lado desta, como fontes secundárias, encontram-se a jurisprudência, entendida, na acepção técnica, como o conjunto convergente de decisões reiteradas acerca de determinada matéria, assim como a doutrina, consistente no conjunto das lições dos doutos, e os costumes. [03]

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/04, restou caracterizada a introdução, no direito pátrio, da denominada Súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou, simplesmente, súmula vinculante.

O instituto confere eficácia às súmulas, aprovadas pelo Pretório Excelso segundo o iter procedimental traçado na Constituição Federal e na Lei regulamentadora, oriundas de reiteradas decisões acerca de uma mesma matéria, de maneira que estas se tornam vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e, ainda, à administração pública.

Com isso, fica relativamente alterada a matéria das fontes do direito, com crescimento em importância do direito jurisprudencial oriundo da atividade do Supremo Tribunal Federal. Deve-se bem compreender a assertiva: não houve, de modo algum, inversão na hierarquia das fontes, permanecendo a lei como fonte principal do direito brasileiro.

O que ora se sublinha é que, iniciando-se a edição das Súmulas vinculantes pelo STF, o que veio a ocorrer recentemente, como se verá adiante, ganha maior relevo a jurisprudência como fonte do direito nacional, merecendo um estudo mais acurado e cuidadoso.

A mudança, antes de caracterizar uma revolução, resta relativizada pelas características da aplicação do direito jurisprudencial, que se verá adiante, assim como pelas feições com que foi adotado o instituto no Brasil.

---

### 3. Primeiras manifestações de jurisprudência vinculante no Brasil.

Ainda anteriormente à alteração constitucional que inseriu o novel instituto em estudo em nosso ordenamento, já existiam, inegavelmente, outras manifestações de vinculatividade da jurisprudência dominante dos tribunais, assim entendida aquela majoritária ou uníssona.

Assim, a jurisprudência dominante em geral, e a sumulada, em particular, já exerciam um certo peso normativo na medida em que era estabelecida como requisito negativo de recorribilidade, por exemplo [04] – i.e., súmula da jurisprudência dominante impediente da recepção ou do seguimento de recurso contrário a seu teor, v.g.

Não obstante, as hipóteses anteriores não se aproximam da magnitude daquela ora em estudo, visto que os efeitos vinculantes precedentemente existentes eram circunscritos ao âmbito de cada tribunal, em regra.

A novidade da Súmula vinculante do STF consiste na produção de efeitos vinculantes para todos os tribunais pátrios, bem como para a administração pública de todos os níveis, o que representa, à toda vista, um poder de decisão significativamente superior em relação a aquele conferido à jurisprudência uniformizada nas hipóteses pré-existentes.

Além disso, aqui o teor da jurisprudência dominante não permanece como questão prejudicial para o seguimento de recurso interposto, por exemplo, mas vincula o próprio conteúdo material das decisões judiciais posteriores à edição da Súmula (a Súmula deve versar, como veremos, sobre a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas), assim como o atuar da administração pública, de modo que seus efeitos são de natureza acentuadamente diversa daquela exibida pelas hipóteses precedentes.

-----

#### 4. Emenda Constitucional n. 45/04 e o advento da Súmula vinculante.

Como já referenciado em nosso artigo anterior, o Poder Constituinte derivado foi o responsável, através da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04, pela introdução da Súmula vinculante em nosso sistema, prevendo, pela inserção do novo artigo 103-A no texto constitucional, a faculdade do Pretório Excelso editar súmulas cuja observância será de caráter obrigatório para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, federal, estadual e municipal, desde que após reiteradas decisões precedentes sobre a matéria. [05]

As alterações do texto constitucional em referência previram, outrossim, requisitos e pressupostos para a edição da súmula (reiteradas decisões anteriores sobre matéria constitucional no mesmo sentido – i.e., caracterização de jurisprudência dominante consolidada no STF, versar sobre a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, a existência de controvérsia acerca de tais normas determinadas apta a comprometer insegurança jurídica e multiplicação de processos semelhantes), bem como aspectos procedimentais (decisão por 2/3 dos membros do Pretório Excelso, de ofício ou por provocação de legitimados, publicação pela Imprensa Oficial) (CRFB/88, art. 103-A, caput e § 1º). [06]

Na dicção do texto constitucional, são legitimados a propor a edição de Súmula vinculante os mesmos legitimados à propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, arrolados no art., da Carta Política, podendo o legislador infraconstitucional ampliar tal rol por disposição expressa da Constituição (103-A § 2º). [07]

Os mesmos legitimados para a propositura de edição da Súmula da jurisprudência dominante vinculante do STF são legitimados para propor sua revisão e seu cancelamento, assim como os eventuais legitimados oriundos da ação do legislador ordinário, resguardada sempre a possibilidade de iniciativa ex officio (CRFB/88, art. 103-A § 2º).

Por fim, o § 3º do novel art. 103-A estabelece, como instrumento de garantia da eficácia vinculante das súmulas editadas segundo tal procedimento, o instituto da reclamação com tal específica finalidade, tanto para a hipótese de aplicação indevida quanto para a hipótese de não-aplicação da súmula, cujos efeitos, em caso de procedência, serão os de cassação da decisão judicial ou anulação do ato administrativo que contravenham à súmula. [08]

---

## 5. Lei n. 11.417/06 e a regulamentação da Súmula vinculante.

A Lei n. 11.417 de 19 de dezembro de 2006, veio a promover a regulamentação do instituto da Súmula vinculante em nível infraconstitucional.

Prevê o diploma legal, em repetição ao disposto no texto constitucional, a os pressupostos ou requisitos de adoção da Súmula vinculante (reiteradas decisões sobre matéria constitucional – i.e., jurisprudência dominante do STF consolidada, versar sobre a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, que tais normas sejam objeto de controvérsia atual geradora de insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre questão idêntica) (art. 2º e seu § 1º). [09]

A Lei 11.417 estabelece a manifestação do Procurador-Geral da República nas propostas de edição, revisão ou cancelamento de súmula que não sejam de sua iniciativa (art. 2º § 2º) [10], reafirmando a necessidade de maioria de 2/3 dos votos para a adoção de súmula pelo STF em formação plenária (art. 2º § 3º), determinando a publicação em Diário Oficial, no prazo de 10 dias, a contar da sessão em que ocorrer, da decisão que editar, revisar ou cancelar a súmula vinculante. [11]

Em seu artigo 3º, a Lei n. 11.417/2006 arrola os legitimados, repetindo aqueles constantes do rol do art. 103 da Constituição Federal (Presidente da República, mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores dos Estados e do DF, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, partido político com representação no Congresso nacional.

Acresce ao rol constitucional, valendo-se o legislador infraconstitucional da faculdade conferida pelo art. 103-A § 2º, outros legitimados à propositura de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante da jurisprudência dominante, a saber, o Defensor Público-Geral da União (inciso VI) e os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados e do DF, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares (inciso XI). [12]

Prevê a legislação em comento, ainda, a possibilidade de provocação incidental, em processo de que seja parte, por Município, da edição, revisão ou cancelamento da súmula vinculante, sem suspensão do processo (art. 3º, § 1º), bem como admite a manifestação de terceiros, por decisão irrecorrível do relator, remetendo a regulamentação em pormenores ao Regimento Interno do Pretório Excelso (§ 2º). [13]

O art. 4º da Lei n. 11.417/06 reafirma a eficácia imediata da Súmula como regra geral, ressalvando a possibilidade de modulação dos efeitos vinculantes, consistente em sua restrição ou diferimento no tempo de seus efeitos, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público (art. 4º). [14]

O art. 5º prevê a revisão ou cancelamento, conforme o caso, de ofício ou mediante provocação de legitimado, por força de revogação ou alteração da lei que serviu de base à edição da súmula vinculante. [15]

O art. 6º veda a suspensão dos processos em que se discuta questão em virtude da simples proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante do STF. [16]

O art. 7º versa sobre a reclamação em caso de decisão judicial ou ato administrativo contraventor da súmula vinculante, seja por negativa de vigência, seja por aplicação indevida, ressalvados os outros meios de impugnação.

Em seu parágrafo primeiro, o dispositivo institui a necessidade de esgotamento dos recursos administrativos para a admissibilidade da reclamação no STF contra ato da administração pública, dispondo o § 2º repete os preceitos constitucionais acerca da cassação da decisão judicial e da anulação do ato administrativo que contravenham à súmula. [17]

Os arts. 8º e 9º da lei em comento procedem a alterações e acréscimos em temas correlatos à súmula vinculante na Lei n. 9.784 de 1999, regulamentadora do processo administrativo federal. [18]

O art. 10 remete a regulamentação do procedimento de adoção, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes do Regimento Interno do STF, ao passo que o art. 11 instituiu *vacatio legis* de três meses a contar da publicação. [19]

---

## 6. As primeiras Súmulas Vinculantes do STF.

Fazendo uso da nova prerrogativa que lhe confere a ordem jurídica constitucional pátria e efetivando, na prática, a introdução do instituto da Súmula vinculante no Brasil, o STF editou, no ano de 2007, as três primeiras Súmulas vinculantes de sua jurisprudência dominante.



A Súmula vinculante n. 01 versa sobre a validade do termo de adesão instituído pela Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 04.05.2000, e a consideração das circunstâncias concretas do caso, tendo o seguinte enunciado:

OFENDE A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ATO JURÍDICO PERFEITO A DECISÃO QUE, SEM PONDERAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO, DESCONSIDERA A VALIDEZ E A EFICÁCIA DE ACORDO CONSTANTE DE TERMO DE ADESÃO INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR 110/2001.

O presente enunciado procura sintetizar a Súmula cujos precedentes componentes ou integrantes são os seguintes: RE 418918, RE 427801 AgR-ED, RE 431363 AgR.

A Súmula vinculante n. 02 versa sobre a constitucionalidade de leis estaduais e/ou distritais que disponham sobre sistemas de consórcios e sorteios. Seu enunciado é do seguinte teor:

É INCONSTITUCIONAL A LEI OU ATO NORMATIVO ESTADUAL OU DISTRITAL QUE DISPONHA SOBRE SISTEMAS DE CONSÓRCIOS E SORTEIOS, INCLUSIVE BINGOS E LOTERIAS.

O enunciado sintetiza a súmula cujos precedentes componentes ou integrantes são os seguintes: ADI 2847, ADI 3147, ADI 2996, ADI 2690, ADI 3183, ADI 3277.

Por fim, a Súmula vinculante n. 03 tem por objeto a questão da ampla defesa e do contraditório em processos perante o Tribunal de Contas da União em relação à legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, sendo seu enunciado o seguinte:

NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDER RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O

INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO.

Tal enunciado busca sintetizar a súmula cujos precedentes integrantes são o MS 24268, o MS 24728, o MS 24754 e, finalmente, o MS 24742.

Portanto, encontra-se, com este último fato, consumada a introdução, em nosso sistema, do instituto da Súmula vinculante, não podendo, em princípio, delas se afastar o julgador e o administrador público, direto ou indireto, de todos os graus.

O que nos remete à questão central do presente estudo, a saber, qual correta metódica de aplicação do direito sumular [20], de matriz jurisprudencial, instaurado com as alterações constitucionais e legislativas já referidas.

Antes de ingressar em tal tema específico, no entanto, revela-se primordial traçar o pano de fundo das propostas metodológicas a serem desenvolvidas adiante, o que se fará, em nível de questionamento mais geral, problematizando a conferência de poderes normativos a órgãos do Poder Judiciário, o que revela uma tensão, ao menos prima facie, com relação ao Princípio da Separação dos Poderes, bem como distinguindo, nitidamente, a Súmula da jurisprudência dominante propriamente dita de seu enunciado, o que tem repercussões metodológicas de aplicação significativas.

---

7. Problematizações quanto ao instituto da Súmula vinculante. Poder normativo judicial e separação dos Poderes e outras afetações.

Aqui se inicia o conteúdo principal deste estudo, tendo sido os tópicos precedentes meramente informativos. Insta problematizar, como contexto geral e pano de fundo, a questão da Súmula vinculante em relação de tensão para com o Princípio da Separação dos Poderes. [21]

É sabido que, dentre as técnicas institucionais voltadas ao controle do poder, às quais já fizemos referência em outra oportunidade [22], destaca-se a teoria da divisão ou separação dos Poderes do Estado, que radica no pensamento Montesquieu e é, contemporaneamente, reconhecida como princípio.

É lugar comum na Teoria do Estado e no Direito Constitucional contemporâneos a necessidade da separação dos Poderes, de inspiração liberal, como forma de reduzir a concentração do poder em mãos do soberano, outrora absoluto.

Assim, com pequenas variações no tempo e no espaço, identificam-se classicamente três poderes, a saber, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, incumbindo-lhes, respectivamente e grosso modo, a elaboração das leis, a execução das leis e a aplicação do direito na composição dos litígios ocorrentes na sociedade.

É evidente que tais funções estatais não são estanques, antes se comunicam e se interpenetram, havendo funções legisferantes na esfera do Poder Executivo, funções executivas na esfera do Poder Judiciário, funções de julgamento na esfera do Legislativo e assim por diante (funções atípicas).

Portanto, o correto é falar em função preponderante ou típica, e não em função exclusiva, de cada um dos Poderes. Deste modo, ao Legislativo cabe, como função preponderante, a criação do direito, e ao Judiciário, como função preponderante ou precípua, a aplicação de tal direito aos litígios submetidos à sua apreciação.

O que explica as funções anômalas ou atípicas é a Teoria dos Freios e Contrapesos, segundo as quais os Poderes se interpenetram e se controlam reciprocamente, não havendo, portanto, separação estanque.

A função legislativa é de relevância evidente: é a origem por excelência do direito – sobretudo em sistema de tipo legislativo, i.e., europeu continental – e guarda vínculo umbilical com a idéia de soberania popular e com a idéia de democracia, haja vista o sistema político representativo em vigor. [23]

Ademais, em termos de teoria ou ideologia, é a ficção da representação política do eleitor pelos eleitos, no Poder Legislativo, que compatibiliza a afirmação da liberdade individual com a imposição de regras por intermédio das leis, segundo as teorias liberais.

Em face do princípio da legalidade, que, ademais, é consagrado em nosso ordenamento como direito fundamental (CRFB/88, art. 5º, II), segundo o qual ninguém é obrigado a fazer e tampouco a deixar de fazer algo senão em virtude de lei (tutela da liberdade individual), o exercício de poderes normativos cabe ao Poder Legislativo por definição e, apenas muito excepcionalmente, deve ser exercido por outro poder, através de institutos como as famigeradas medidas provisórias – cuja edição abusiva deve ser controlada com urgência, diga-se de passagem.

Insta recordar, por fim, que o sistema jurídico brasileiro é fruto de transplante do direito europeu continental, de raiz romano-germânica, portanto, sendo a lei, conforme já afirmado, a fonte primacial do direito. [24]

A introdução da Súmula vinculante em nosso ordenamento, ao menos aparentemente, introduz uma nova complexidade e mais uma função anômala ao Poder Judiciário, uma função de caráter normativo da conduta dos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública em geral, conforme já noticiado, sendo discutível sua compatibilidade estrutural e funcional para com o sistema jurídico aqui vigente.

Ainda que se considere que a Súmula vinculante não vincula os particulares diretamente, mantendo intacto, quanto a tal aspecto, o postulado da legalidade, por ser oponível tão-somente à estatalidade jurisdição ou administração, seu teor repercute severamente sobre os interesses dos particulares, na medida em que traduz efeitos mediatos ou reflexos, pela vinculação da jurisdição ao precedente vinculante.

Dito de outro modo, a Súmula vinculante repercute no acesso à justiça, garantia fundamental inscrita no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, e no teor material da decisão proferida e, por conseguinte, nos direitos e interesses dos particulares – jurisdicionados – veiculados em Juízo ou perante a administração pública. Reflexamente, portanto, impõe-se, também, ao particular.

Assim, o modus operandi da aplicação do direito que aqui se denomina sumular, ou seja, a forma como as súmulas vinculantes serão compreendidas, concebidas, interpretadas e aplicadas, bem como a forma como se argumentará sobre as mesmas é decisiva e visceral na solução da questão que se coloca: a Súmula vinculante é compatível com o Princípio da divisão dos poderes? [25]

Sua introdução em nosso sistema jurídico constitucional não conferiria ao Poder Judiciário parcela significativa de poder normativo, caracterizando, portanto, intromissão deste Poder na esfera reservada constitucionalmente ao Poder Legislativo, com o concurso do Executivo (sanção ou veto presidenciais)?

Seria o novel instituto compatível, por outro viés da mesma problematização, com o princípio da legalidade, já visto, à medida em que repercute mediatamente sobre interesses dos jurisdicionados e administrados?

Enfim, não teria o Poder Constituinte derivado extrapolado os limites de sua atuação, restando a Emenda Constitucional n. 45/04 inquinada de inconstitucionalidade, por ferimento à engenharia constitucional preconizada originariamente para as relações entre os Poderes, temática materialmente constitucional?

No presente trabalho defender-se-á posição segundo a qual a forma como for concebido o instituto da súmula vinculante e a maneira como for, na prática, feita a aplicação das súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, com força vinculante, será visceral quanto ao particular, atuando como landmark ou fronteira entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade.

Antes de avançarmos é preciso que se reconheça que as tensões envolvendo o novo instituto em mesa não se circunscrevem ao Princípio da Divisão dos Poderes, ora abordado. Conforme abordado em nosso estudo anterior, também outros princípios-garantias, como o da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV), do devido processo legal (art. 5º LIV), da motivação ou fundamentação das decisões (art. 93, IX), dentre outros.

A metódica de aplicação das súmulas vinculantes que se proporrá no presente estudo tem o condão de minorar a tensão entre o novo instituto e o princípio da separação dos poderes, assim como com a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal e a fundamentação das decisões, como se verá, minorando, em princípio, tais tensões.

Antes de se adentrar na questão específica da metódica de aplicação do direito sumular, ou seja, do direito extraído das Súmulas da jurisprudência dominante editadas com força vinculante pelo STF, propriamente dita, insta realizar algumas precisões teóricas e conceituais a fim de adequadamente aclarar a questão.

---

8. Súmula vinculante ou enunciado vinculante? Uma distinção necessária.

Adveio, com a reforma constitucional promovida pela Emenda n. 45/04, o instituto nomeado súmula vinculante, donde decorre a imperativa compreensão do termo súmula para a compreensão do próprio instituto.

Pois bem. Não obstante seja de uso corrente a referência à Súmula n. X ou Súmula n. Y, do Supremo Tribunal Federal, ou de outro tribunal qualquer, seguida do texto do enunciado da Súmula, este uso é impreciso e, tecnicamente, incorreto.

Na verdade o único meio judicial em que a terminologia é acertadamente utilizada, na contemporaneidade brasileira, é o da Justiça do Trabalho, onde o que é habitualmente denominado Súmula X ou Súmula Y na Justiça Comum vem corretamente denominado Enunciado da Súmula X ou Enunciado da Súmula Y.

Isso porque enunciado e súmula são coisas ontologicamente diversas, e de sua diferença essencial resultam efeitos de primeira grandeza, tais quais vinculatidade e não vinculatidade, conforme se exporá.

Precisemos a terminologia, portanto. Súmula, conforme esclarece De Plácido e Silva

"... No âmbito da uniformização da jurisprudência, indica a condensação de série de acórdãos, do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas, persuasivo, e que devidamente numerados, se estampem em repertórios." [26]

Súmula constitui, portanto a expressão para índice, relação (no sentido de relatório), repertório.

Súmula da jurisprudência dominante é, portanto, um índice ou repertório de precedentes – decisões anteriores, arestos, i.e., acórdãos transitados em julgado – consentâneos que representam a posição definida – majoritária, dominante ou predominante – de um Tribunal sobre uma questão jurídica.

Donde o nome completo, a saber, súmula da jurisprudência dominante, isto é, compilação dos precedentes que refletem o entendimento vencedor em um tribunal sobre determinada questão.

Assim, tecnicamente a Súmula é o conjunto dos precedentes que a integram, não assim o enunciado, que é coisa ontologicamente, ou seja essencialmente, materialmente diversa.

Enunciado (da Súmula) é um texto composto de locuções que buscam explicitar o conteúdo da Súmula (qual seu objeto, quais as circunstâncias relevantes aventadas nos precedentes que integram a Súmula, e assim por diante).

O caráter do enunciado não é normativo, mas explicativo, esclarecedor, informativo. Através dele tenta-se sintetizar, em poucas palavras, a posição vencedora no tribunal sobre determinada matéria. Nada mais.

Para exemplificar a distinção, pode-se fazer uma analogia com o acórdão e com a ementa. Ora, é sabido que o acórdão, em sua ratio decidendi e no dispositivo, é vinculante para as partes do processo em que é proferido, sendo a ementa meramente explicativa, elucidativa da matéria tratada no caso submetido a julgamento e dos pontos fundamentais para a decisão, bem como do posicionamento do Órgão julgador sobre o tema.

Assim, fazendo-se a analogia, a ementa está para o acórdão assim como o enunciado está para a Súmula. Ambos os primeiros (ementa e enunciado) são meramente informativos e, portanto, não vinculantes – nem sequer para as partes do processo –, ao passo que o acórdão (sua ratio decidendi ou fundamentação e dispositivo) e a Súmula (entendida como conjunto de precedentes uniformes sobre data matéria e declarada dominante pelo Tribunal) é que são vinculantes.

Em suma, os precedentes que compõem a súmula são vinculantes, não assim seu enunciado, redigido por razões práticas de facilidade de compreensão e de pesquisa.

A medida da vinculação do acórdão e da Súmula variam, bem como a vinculatividade entre Súmulas da jurisprudência dominante em geral e a espécie nova comumente denominada Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

O acórdão vincula, em regra, apenas as partes integrantes da lide, salvo casos excepcionais, como o da jurisdição constitucional em via principal (controle concentrado de constitucionalidade), cuja força vinculante impõe-se erga omnes.

A Súmula, ainda que não seja vinculante para os termos da Emenda Constitucional n. 45/04, vincula, também, os órgãos da justiça, como os órgãos fracionários dos Tribunais em que é adotada (suas Câmaras, Turmas e Seções), por exemplo, por força dos incidentes de uniformização da jurisprudência.

A vinculação produzida pela Súmula não-vinculante (!) é de importância significativa e não negligenciável, por exemplo, em matéria recursal, ensejando recursos e incidentes específicos, ou revelando-se impediente de recepção e processamento de recursos (a dita súmula impeditiva de recurso). [27]

A vinculação da Súmula vinculante do STF, nos termos da EC n. 45/04, é extensiva, como já visto, a todos os órgãos do Poder Judiciário – sejam estes de primeiro ou de segundo grau, ou mesmo Tribunais Superiores, sejam da Justiça Comum ou das Especiais, e da Justiça Estadual ou Federal, etc.), bem como para a administração pública em geral (em todos os níveis, municipal, estadual e federal, compreendida como administração pública não apenas os órgãos do Poder



Executivo, mas também e inclusive órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário quanto atuem na condição de administradores (funções acessórias de expediente, e não as típicas funções legislativas e jurisdicionais), direta e indireta.

Trata-se de vinculação relevantíssima, por seu alcance, como se pode facilmente perceber.

Mas, retomando a dicotomia Súmula (da jurisprudência dominante) e seu enunciado, é a primeira que revela-se vinculante, jamais o segundo, cuja redação é elaborada com intuito meramente informativo.

Feita, sublinhada e bem compreendida esta primeira distinção e precisção, antes de se avançar para a enorme relevância prática da mesma para a metódica de aplicação do direito sumular, insta incursionar no âmbito do Direito Comparado, compreendendo aspectos relevantes da dicotomia existente entre os sistemas de direito legislado (ditos civil law no âmbito anglo-americano) e de direito judicial (dito case law ou judge made law, cujo exemplar essencial é a Common Law anglo-americana).

É tal estudo que explicitará como é aplicado cada um destes diferentes tipos de direito, servindo de indicativo acerca da postura do jurista teórico e prático em face do novel direito sumular que passa a surgir e viger doravante, paralelamente ao direito legislado – embora nele fincado, como se verá.

Adiante-se que, diante da complexização inédita do sistema jurídico pátrio com tal acontecimento, far-se-á necessária aos juristas brasileiros grande versatilidade para se movimentar em seus arazoados e argumentações ora com a racionalidade do civil law, preponderante, ora com a racionalidade do case law, subsidiária.

---

9. A contribuição do direito comparado: civil law vs. case law.

Dois são os grandes sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos: o direito de tipo europeu-continental, a cepa romano germânica, de origem acentuadamente legislativa, e, de outro lado, o direito de tipo anglo-(norte)americano, a cepa do Common law, de origem prevalentemente judicial. [28]

Os dois sistemas baseiam-se em premissas diversas, trabalham com métodos diferentes e regem-se por regras diversas, de modo que a identificação do direito aplicável, o tipo de argumentação desenvolvido para sua aplicação e para o arrazoamento jurídico em geral é radicalmente distinto.

O direito europeu-continental rege-se, em nível de racionalidade, por um princípio dedutivo, movendo-se do geral ao particular, através da subsunção dos fatos da vida às categorias e conceitos legais.

Já o sistema anglo-americano rege-se por um método de proceder indutivo, extraindo-se as regras do agir dos casos anteriormente julgados. Ou seja, a regra é obtida por indução, buscando o jurista, a partir dos casos idênticos ou semelhantes anteriormente julgados, obter uma regra geral de conduta.

Além de racionalidades e metódica radicalmente diversa, ambos os sistemas ou famílias distinguem-se entre si pelas diferentes divisões, categorias e por uma diversa concepção da regra jurídica. [29]

No sistema europeu-continental, i.e., romano-germânico, a ênfase das fontes recai sobre a legislação, sendo daí, primordialmente, retiradas as regras de conduta, como já visto.

É com base na legislação que os operadores do direito vão procurar identificar o direito aplicável a um caso concreto, através da fixação do sentido e do alcance das normas jurídicas contidas nos dispositivos legais, mais ou menos genéricos, através da atividade interpretativa. Para nós o tema não é novo, haja vista a filiação do direito brasileiro a tal família.

Já no sistema do Common law, típico do Reino Unido e dos Estados Unidos – com as especificidades significativas de cada um desses ramos de tal família de direito – o direito origina-se essencialmente da atividade judicante, sendo nela procuradas as regras. [30]

Ou seja, o direito encontra-se encerrado, essencialmente, no conjunto das decisões precedentes dos tribunais sobre determinado tema. Um imperativo de isonomia é visto como estruturante da ordem jurídica, a exigir que as decisões proferendam, sejam, via de regra, do mesmo teor das decisões anteriormente proferidas, sobre a mesma matéria.

Por tal característica, este sistema é conhecido, ainda, como judge made law ou case law, vale dizer, direito de origem judicial ou direito dos casos. E é por tal razão que vêm-se referências, primordialmente, a casos julgados na argumentação jurídica dos países do Common law, e não a dispositivos legais (p. ex., *Madison vs. Marbury*, etc.), em regra.

A própria pesquisa do direito aplicável a um caso concreto não se dá em códigos – inexistentes nos países do Common law – ou coletâneas de legislação, mas com base em repositórios de decisões judiciais passadas. É dali que se extrairão as regras a serem aplicados aos casos presentes, são as decisões passadas que orientarão as decisões proferidas. [31]

-----

## 10. Aplicação do direito jurisprudencial.

Pelas características até aqui vistas do case law já se pode antever o modo de aplicação do direito neste sistema, muito distinto daquele da família do direito europeu-continental.

Para a aplicação do direito neste sistema, é essencial a compreensão de sua principal regra estruturante, a do stare decisis.

### 10.1. Regra do stare decisis.

Stare decisis é expressão latina (portanto a pronúncia anglicizada é incorreta), consistente na primeira parte do brocardo stare decisis et non quieta movere, cujo significado é, em suma, que não se deve alterar aquilo que já foi decidido.

Esta regra estruturante do Common law inspira-se em razões de isonomia: com efeito, segundo o pensamento subjacente a ela, casos iguais devem ser decididos da mesma maneira.

Ao pensamento jurídico típico do case law é inconcebível que casos iguais recebam soluções jurídicas diversas, excetuadas circunstâncias bastante específicas, que veremos.

Assim, pela regra do stare decisis, deve-se buscar nos precedentes a solução dada aos litígios iguais ou assemelhados aos presentes para, daqueles extraíndo a regra de direito, aplicá-la a estes. [32]

É, em suma, a regra do precedente vinculante (binding precedent).

A stare decisis pode ser distinguida entre horizontal stare decisis e vertical stare decisis. [33] A primeira significa que o juiz ou tribunal encontra-se vinculado às suas próprias decisões anteriormente proferidas sobre dada matéria, dela não podendo afastar-se senão em casos excepcionais.

A segunda implica em vinculação do julgador aos precedentes oriundos de jurisdições superiores. Assim os órgãos inferiores da justiça encontram-se jungidos às decisões proferidas pelos órgãos superiores na mesma matéria. [34]

Vê-se, portanto, a nítida analogia que se estabelece entre a vertical stare decisis e a súmula vinculante, ora em estudo.

### 10.1.1. Ratio decidendi ou holding

Ratio decidendi ou holding e obiter dictum fazem parte das reasons, isto é, das manifestações dos órgãos judicantes no julgamento.

Ratio decidendi ou holding é o próprio fundamento da decisão judicial, compreendido como os argumentos de direito expendidos pelo julgador como necessários para a tomada da decisão quanto ao caso concreto. [35]

Dois são os elementos identificadores, portanto: (1) são razões de direito e (2) apenas aquelas necessárias à decisão do caso particular. [36]

É a ratio decidendi que vincula o julgador pela vertical e horizontal stare decisis. O essencial da ratio decidendi ou holding são os princípios de direito positivo aplicáveis ao caso sub judice. Somente pronunciamento de direito necessário à decisão de um caso particular constituem a ratio decidendi. [37]

A rigor não são exatamente as decisões que são vinculantes, mas o princípio ou os princípios ou regras de direito nela desenvolvidos. [38] Isto será essencial na correta compreensão da súmula vinculante em nosso ordenamento.

Essencial à compreensão do conceito de ratio decidendi ou holding é a categoria contraposta dos obiter dictum.

### 10.1.2. Obiter dictum.

No gênero das reasons encontra-se, para além da ratio decidendi/holding, os obiter dictum.

Por oposição, sendo a ratio decidendi ou holding dos princípios de direito indispensáveis para a decisão do caso concreto, o obiter dictum consiste de declarações prescindíveis, de fato ou de direito, expendidas pelo julgador a título explicativo, exemplificativo ou explanatório. [39]

Obiter dictum significa dito incidentalmente. O critério distintivo entre a matéria de direito que constitui a ratio decidendi ou holding, vinculante, radica nos fatos sobre os quais se assenta a sentença. O que tiver direta relação com estes é ratio decidendi ou holding, possuindo efeito vinculante ("binding element"), caso contrário, é obiter dictum, sem efeito vinculante. [40]

## 10.2. Técnica das distinções.

A técnica das distinções, segundo René David, é a técnica de aplicação do direito do Common law por excelência: é através dela que, distinguindo-se, de um lado, os precedentes, uns dos outros e, de outro, a ratio decidendi ou holding do obiter dictum, aplica-se o direito. [41]

A técnica ou teoria das distinções permite, especialmente, que se distinga o caso presente de outros precedentemente julgados, de modo a afastar o caso sub judice da força vinculante dos precedentes. [42]

A confrontação do suporte fático do caso que originou o ou os precedentes pretensamente aplicáveis ao caso atual em julgamento com o suporte fático deste último permite, pela técnica das distinções, a constatação da congruência ou incongruência do caso decidendo para com os precedentes vinculantes que se pretende aplicar em um primeiro momento.

Isso se deve ao fato de que, como visto, a ratio decidendi ou holding, da qual se extraem as regras de direito aplicáveis ao caso sub judice prende-se umbilicalmente aos fatos materiais que subjazem ao precedente, pelo que, segundo Andréia Costa Vieira, com base no magistério de Gary Slapper e David Kelly, "[u]ma Corte pode, então, considerar os fatos de um determinado caso materialmente diferentes dos fatos de um precedente citado", donde "ela não estará vinculada às razões daquele precedente". [43]

E somente é possível constatar a identidade ou diferença dos casos anteriormente julgados (i.e., de seus fatos materiais subjacentes) para com o caso decidendo indo aos repositórios dos julgados e estudando, minudentemente, todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que os aproximem ou afastem, que os identifiquem/assemelhem ou os façam distinguir-se.

---

#### 11. Proposta de metódica de aplicação do direito sumular.

Vistas as tensões que informam a relação entre o novo instituto da súmula vinculante e princípios basilares do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, especialmente o Princípio da separação dos poderes, as garantias da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, assim como, ainda que grosso modo, a metódica de aplicação do case law em sistemas estruturalmente informados pelo princípio do precedente vinculante, ou regra do stare decisis, cabe esboçar uma proposta de metódica de aplicação dos precedentes vinculantes por força das alterações promovidas pela EC n. 45/04 e pela Lei n. 11.417/2006 no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

A proposta que ora se esboça baseia-se na comparação com o case law, por evidente, mas mantém-se fiel à concepção de que o direito brasileiro permanece, por óbvio, filiado à matriz romano-germânica ou européia-continental. A aplicação de direito nos moldes do case law em nosso sistema é, portanto, marcadamente residual (apenas as súmulas vinculantes do STF).

Reputa-se, outrossim, ser a única proposta coerente de aplicação, por minorar as tensões referidas, impedindo, de um lado, uma expansão anômala dos poderes normativos do Judiciário e, de outra, a violação das garantias da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, através da aplicação imprópria do direito jurisprudencial, seja por ser aplicado como se lei fosse, seja por se descurar das especificidades do caso decidendo para seu devido julgamento.

Primeiramente, reputa-se que, com as alterações advindas da inclusão do art. 103-A ao texto constitucional, operou o legislador constituinte uma recepção de direito, de índole legislativo-constitucional [44], adotando residualmente, o princípio do stare decisis em nosso direito (i.e., de

maneira restrita às súmulas editadas como vinculantes pelo STF, atendidos todos os pressupostos e requisitos formais e substanciais).

Isto é, quanto a tais súmulas, estarão o Judiciário e a administração pública jungidos, delas não podendo afastar-se, salvo situações específicas que abordamos noutra oportunidade e que, em parte, aprofundaremos no presente estudo.

Por tal razão, a aplicação do direito oriundo da súmula e, por conseguinte, a argumentação jurídica subjacente à postulação e à aplicação de tal direito aos casos submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário e sobre os quais incida, potencialmente (prima facie), súmula vinculante do Pretório Excelso, deverão pautar-se por parâmetros próprios e específicos, diversos daqueles que informam a aplicação do direito legislado, prevalentes em nosso direito, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e das garantias da inafastabilidade do judiciário e do devido processo legal.

Inicialmente insta partir da distinção feita entre a súmula da jurisprudência dominante em geral e seu enunciado. Como visto, aquela é integrada, composta dos precedentes uniformes sobre determinada questão jurídica, no âmbito de um tribunal, sendo o enunciado mero texto explicativo.

Assim, no âmbito da súmula vinculante, como a própria expressão está a indicar, a súmula – compreendida como conjunto de precedentes – é vinculante, não assim seu enunciado, sublinhe-se, o qual não é e nem pode ser vinculante, em nenhuma hipótese – o que vale, de resto, para qualquer aplicação de súmula da jurisprudência dominante em geral, como, v.g., para a hipótese de súmula meramente impeditiva de recurso.

A conferência de efeitos vinculantes ou normativos ao enunciado é inadmissível em nosso sistema, primeiramente, porque redundaria em conferência de poderes legislativos ao Poder Judiciário, o que é inadmissível, mesmo em face da reforma operada pela EC n. 45/04. [45]

Com efeito, em sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, à lei cabe o traço de estabelecer, em termos de generalidade média – a denominada por René David generalidade ótima – e abstração, a regra jurídica.



Não cabe ao Judiciário, antes ou depois da Reforma do Judiciário, a formulação em tese de regras gerais e abstratas, sob pena de violação, de um só golpe, do princípio da separação dos poderes e da garantia da legalidade, segundo a qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (texto constitucional original irretocável por caracterizar cláusula pétrea, intangível pelo poder de reforma que embasa a EC n. 45/04).

Assim, a aplicação do enunciado da súmula por subsunção ao caso concreto em julgamento caracteriza, como se dispositivo de lei fosse, para além de equívoco técnico na aplicação do direito, em inconstitucionalidade flagrante.

Enunciado de súmula vinculante não é lei e não possui força normativa, apenas explicita o conteúdo da súmula. Não cabe, por conseguinte, sua aplicação ao caso concreto por subsunção, como se dispositivo de lei, abstrato e geral, fosse.

Em sendo vinculante a súmula, compreendida em sua acepção técnica, como conjunto de precedentes representativos da jurisprudência dominante do STF e editada com força vinculante, segundo o iter constitucionalmente preconizado, insta ao julgador ir buscar nos precedentes integrantes da súmula – e não em seu enunciado – a norma jurídica a aplicar ao caso concreto.

Cabe, aqui, citar in verbis o magistério de Guido Fernando da Silva Soares, citado, por sua vez, por João Luís Fischer Dias: "Na verdade 'o precedente não é uma norma abstrata, mas uma regra intimamente ligada aos fatos que lhe deram origem, razão pela qual o conhecimento das razões da decisão é imprescindível" (sem destaques no original). [46]

Assim, em tendo a reforma constitucional promovido a recepção de instituto assemelhado ao case law, é em tal sistema que podemos ir buscar um método de aplicação do direito judicial – ou jurisprudencial, no caso da súmula vinculante, por força da exigência de reiteradas decisões prévias –, buscando adaptá-lo e torná-lo compatível tanto com o sistema jurídico brasileiro, filiado à família romano-germânica (ou civil law) (resguardo da compatibilidade sistêmica do instituto recepcionado), quanto com os princípios constitucionais que se extraem da Constituição da República de 1988 (resguardo da compatibilidade material do instituto recepcionado para com a ordem constitucional vigente). [47]

Para tanto, viu-se o conteúdo da regra estruturante do case law, a stare decisis (et non quieta movere), segundo a qual o anteriormente decidido, em casos idênticos ou essencialmente semelhantes, vincula o órgão decisor prolator e os órgãos decisores a ele subalternos nos casos ulteriores.

Viu-se, ainda, que para a identificação e extração da norma jurídica aplicanda dos precedentes, por força do princípio da stare decisis, impõe-se a distinção entre elementos vinculantes (ratio decidendi) e não vinculantes (obiter dictum), estando os primeiros intimamente relacionados às circunstâncias fáticas que informam os precedentes e o caso em julgamento.

Assim, além de distinguir enunciado não vinculante de súmula da jurisprudência dominante vinculante, como primeiro passo, é essencial a identificação de todos os elementos de fato aos quais se prendem os fundamentos da decisão, de modo a identificar ou distinguir os precedentes invocados do caso em julgamento.

Eis a denominada técnica das distinções, que permite, pelo primeiro procedimento, a identificação dos elementos vinculantes dos precedentes, distinguindo-os daqueles não-vinculantes e, pelo segundo procedimento, a constatação de sua aplicabilidade ou inaplicabilidade ao caso presentemente sub judice.

Aqui se revela, nitidamente, a impropriedade e impossibilidade mesma de um raciocínio jurídico baseado no direito de tipo romano-germânico ou europeu continental (civil law), ao qual é estranha a idéia de precedente vinculante.

A argumentação jurídica subjacente tanto à postulação, pelas partes, quanto à aplicação, pelo julgador, do direito de fonte judicial ou jurisprudencial é essencialmente diversa, baseando-se na constatação da identidade ou similitude essencial dos precedentes para com o caso julgando.

Consiste em um trabalho de comparação, identificação e distinção, pronunciadamente diverso do trabalho de subsunção dos fatos às prescrições genéricas e abstratas das normas.

Portanto, em termos de aplicação da súmula vinculante, insta, antes de tudo, como regra metodológica principal, jamais aplicar-se o texto do enunciado como se prescrição jurídica genérica e abstrata fosse, conscientizando-se de sua natureza meramente informativa.

Em seguida, insta perquirir-se, em profundidade, sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade dos precedentes que integram a súmula ao caso concreto em julgamento, através da constatação de sua identidade ou similitude essencial, o que somente é possível pela análise criteriosa dos precedentes que a integram.

Isto significa, em termos práticos, que o julgador jamais poderá deter-se na leitura do enunciado da súmula e na subsunção dos fatos aventados a tal enunciado, como se regra geral e abstrata fosse (i.e., como se dispositivo de lei fosse).

Deverá, isto sim, "abrir", por assim dizer, a súmula, isto é, recorrendo a um repositório de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ler e analisar cada um dos precedentes indexados na súmula, examinando não apenas suas ementas – também meras peças informativas, como os enunciados – mas o teor do voto vencedor e, se necessário, os votos dos demais ministros que tomaram parte no julgamento, com particular atenção para os fundamentos dos votos vencidos e as circunstâncias fáticas dos casos julgados.

São estes últimos elementos que, com maior clareza, podem trazer à baila fatos que distingam (ou identifiquem) os precedentes que integram a súmula ao caso presente sub judice.

Este trabalho de investigação do fundamento material dos precedentes, típico do case law, visa certificar-se da aplicabilidade ou inaplicabilidade dos precedentes vinculantes ao caso presente, o que se dá pela constatação de sua identidade ou similitude essencial.

Por isso deve-se ter em mente que a súmula é sempre, em um primeiro momento, aplicável apenas prima facie, eis que as circunstâncias dos precedentes e do caso em julgamento podem afastar sua aplicação a este.

Caso seja constatada, através da pesquisa dos precedentes, e não do enunciado da súmula, insista-se, a ausência de identidade ou similitude essencial entre os precedentes e o caso em julgamento, de ser afastada a aplicação da súmula, conforme preconizado pela teoria das distinções.

Isto se reporta à própria racionalidade subjacente ao case law: ora, se pela regra da stare decisis, por um imperativo de isonomia, casos iguais merecem julgamento igual, contrario sensu, casos diversos merecem tratamentos diversos.

Com tal procedimento, minora-se ainda, além da invasão de competência do Legislativo pelo Judiciário, a possibilidade de vulneração da garantia da inafastabilidade da jurisdição e, ainda, do devido processo legal.

Explica-se: de um lado, tal análise de precedentes, a qual deverá ser minudentemente exposta na fundamentação da decisão proferenda (por força do art. 93, IX, da CRFB/88), demonstrará cabalmente ter sido devidamente apreciada a questão crucial em sede de direito jurisprudencial, vale dizer, aquela da aplicabilidade ou inaplicabilidade dos precedentes invocados ao caso sub judice.

A fundamentação da decisão demonstrará ter havido, portanto, significativa apreciação judicial, e não mera aplicação de interpretação pré-formatada sob a forma de um enunciado genérico e abstrato, consistente no enunciado da súmula, com ela corriqueiramente confundido.

De outro lado, a mesma exposição da análise efetuada, na motivação, que demonstra a efetiva apreciação judicial da questão, minora a possibilidade de vulneração do devido processo legal, na medida em que evita os julgamentos apressados, às dezenas ou centenas, por aplicação mecânica de um enunciado de súmula ao qual, por pressa, se confere "força de lei", descurando completamente das especificidades do caso concreto em confronto com os precedentes integrantes da súmula.

Assim, de um só golpe, através de uma metódica adequada de aplicação do direito de origem jurisprudencial, inspirada no estudo do case law estrangeiro, minora-se a tensão do novel instituto para com a separação dos poderes e a garantia da legalidade (CRFB/88, art. 5º, II), a inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal (CRFB/88, art. 5º XXXV) e, ainda, a motivação das decisões judiciais (CRFB/88, art. 93, IX).

Já a aplicação superficial do enunciado como se dispositivo de lei fosse (i.e., regra geral e abstrata), vulnera, de uma só vez, todos estes princípios e garantias, seja porque confere verdadeiros poderes legislativos ao STF, seja porque pode ter o condão de vincular o particular, indiretamente (i.e., através do agir da administração pública ou do Poder Judiciário) a obrigações positivas ou negativas sem assento em lei, seja porque afasta o pretensão titular de direito ou interesse juridicamente relevante do acesso à jurisdição, seja porque permite decisões não fundamentadas, pré-formatadas e remissivas, unicamente, ao enunciado da súmula.

Além do mais, com tal procedimento, afere-se um dos requisitos constitucionais à adoção da súmula, qual seja, aquele das reiteradas decisões precedentes à adoção da súmula vinculante (o que, por si só, é requisito para a própria súmula da jurisprudência dominante em geral, i.e., que haja jurisprudência dominante).

-----

## 12. Considerações finais de ordem geral.

Tecem-se algumas considerações finais de ordem geral sobre o tema em comento, em parte resgatando tópicos já abordados, desta feita de forma sumária, em parte abordando aspectos que não foram explorados ao longo dos itens precedentes, aos quais, de todo modo, não se pode deixar de fazer menção.

a)A súmula é vinculante, o enunciado não. O epíteto súmula vinculante é redução da expressão súmula da jurisprudência dominante vinculante, pelo que o requisito de reiteradas decisões precedentes e uniformes do STF no mesmo sentido, erigido em requisito constitucional (art. 103-A, caput, da CRFB/88) é essencial e indispensável à adoção válida da súmula vinculante (caso contrário, sequer há súmula de jurisprudência dominante);

b)Há uso impróprio, atécnico e equívoco entre as expressões súmula e enunciado. Há flagrante discrepância entre a dicção constitucional inscrita no art. 103-A, caput, da Carta Política, que fala

em súmula vinculante, e a dicção legal ordinária observável nos arts. 2º, 3º, 5º, 6º, 7º e 10, todos da Lei n. 11.417/06, que mencionam enunciado de súmula vinculante, havendo incorreção técnica na lei, devendo-se ler súmula vinculante em lugar de enunciado vinculante, seja por apreço à correção técnica, seja por resguardo do sistema jurídico-constitucional, como visto, seja por respeito à primazia da dicção constitucional;

C) A imprecisão técnica do legislador infraconstitucional fica ainda mais manifesta e flagrante no confronto entre os artigos 4º e 5º da Lei n. 11.417/06, eis que o diploma legal refere-se, no primeiro dispositivo, a súmula vinculante, ao passo que, no segundo dispositivo, refere-se a enunciado da súmula vinculante. A questão não é meramente terminológica ou acadêmica, mas de fundo, tendo repercussões significativas no modo de aplicação do direito, conforme demonstrado.

-----

13. À guisa de conclusão: súmula vinculante vs. Lei.

Como conclusão ao presente estudo, insta consignar uma última problematização que se revela de todo modo relevante para a correta compreensão da aplicação, no âmbito do mesmo sistema, de direito legislado e direito jurisdicional.

Esta última problematização poderia ser reduzida às seguintes questões: qual a relação da súmula da jurisprudência dominante vinculante do STF para com a lei? Qual a solução no confronto entre súmula vinculante e lei?

Primeiramente insta observar que, mesmo nos sistemas de direito judicial (judge made law), é dado à lei excepcionar os precedentes vinculantes. [48] Embora originalmente, e notadamente no direito do Reino Unido, o direito legislado (statute law) seja encarado como subsidiário e colocado sob reserva de ser efetivamente aplicado pelas Cortes, posteriormente verifica-se uma expansão, especialmente no direito norte-americano, da importância da lei como fonte do direito.

O sistema brasileiro é tributário da cepa romano-germânica. Assim, a lei emanada do Poder Legislativo é a fonte primordial do direito e serve – ao menos em tese – de base à adoção das decisões judiciais. O magistrado encontra-se, idealmente, jungido à Constituição e às leis, cabendo-lhe, em sua atividade jurisdicional, buscar tanto quanto possível aplicar fielmente o direito oriundo da atividade legislativa *lato sensu*.

A Emenda Constitucional n. 45/04 não alterou tal quadro de coisas, mesmo que se reconheça um aumento do prestígio dos precedentes judiciais vinculantes adotados pelo Supremo.

Não é por outra razão que o próprio art. 103-A, § 1º, por ela acrescentado ao texto constitucional esclarece que a súmula vinculante "terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas", sendo defeso, portanto, ao STF, editar súmula sem suporte legal em sentido amplo (súmula "autônoma", em analogia aos "decretos-autônomos", igualmente rechaçados pelo nosso ordenamento jurídico).

Por outro lado, acertadamente estabelece a lei n. 11.417/06, em seu artigo 5º que, "revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado (sic) de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso."

Ou seja, daqui se depreende o que poderia se denominar princípio da dependência da súmula em relação à legislação. Seu conteúdo poderia ser estabelecido da maneira seguinte: uma vez que a súmula, pela dicção constitucional, somente pode versar sobre a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, normas estas oriundas da atividade legislativa, revelando-se impossível a edição de "súmula autônoma", uma vez revogada ou modificada a legislação que lhe serve de base, impõe-se sua revisão ou cancelamento (i.e., a súmula segue a sorte da lei que a embasa). Ou seja, a súmula vinculante depende da legislação e segue-lhe a sorte.

Assim, modificada a legislação, de se alterar, de maneira consentânea, a súmula vinculante. Exemplificativamente, alterado o dispositivo da Lei Complementar n. 110/2001 que instituiu o termo de adesão ali referido, de forma a prejudicar a aplicação da Súmula vinculante n. 01 nos termos em que editada, de ser revisada ou cancelada esta. Da mesma forma, modificado o art. 22, XX, da CRFB/88, de maneira prejudicial ao teor da súmula vinculante n. 02, impõe-se sua revisão ou cancelamento, conforme o caso, e assim por diante.

Como dispõe o art. 5º da Lei n. 11.417/06, o Supremo Tribunal Federal, por provocação ou mesmo de ofício, deverá promover a adequação da súmula à alteração do direito que lhe constitui o fundamento.

Cabe uma última consideração: note-se que, vista a continuidade da preeminência do direito legislado em nosso sistema, e vista a impossibilidade de adoção de "súmula-autônoma", i.e., sem base legal, o direito extraído da súmula constitui, em última análise, direito oriundo da legislação, haja vista o princípio da dependência da súmula em relação à legislação e a imperativa indicação da base legal na própria súmula.

Considerando que no case law a jurisprudência é, também, o meio através do qual o julgador acessa ou identifica o direito aplicável a um caso concreto sub judice, buscando extrair dos precedentes as normas jurídicas aplicáveis, o mesmo ocorre no novo direito sumular brasileiro: o julgador, através do exame dos precedentes integrantes da súmula, busca as normas jurídicas (regras ou princípios) aplicáveis ao caso decidendo.

Pois bem: dada a necessária fundamentação da súmula vinculante na legislação, bem como vista a imperativa necessidade de identificar ou distinguir as circunstâncias dos precedentes em cotejo às circunstâncias do caso concreto, o que pode afastar a incidência da súmula, a introdução do novel instituto em nosso sistema jurídico nada mais se faz do que instituir uma elipse para se chegar ao mesmo ponto, ou seja, aos dispositivos legais dos quais, através da atividade interpretativa, buscará o aplicador extrair as normas jurídicas, sejam elas regras ou princípios, para a solução do caso concreto sub judice.

Vê-se, por conseguinte, o grau de complexidade da operação de um sistema ambíguo, fruto de mestiçagem irrefletida do legislador, e a dificuldade de, sem vulnerar o arcabouço de princípios constitucionais, buscar-se introduzir uma forma de controle da interpretação judicial, de feição neo-napoleônica.

---

Referências bibliográficas.



DANTAS, Ivo. Constituição & Processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional Comparado. Introdução, teoria e metodologia. 2. ed. rev., aum. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, João Luís Fischer. O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais / das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

MELLO, Maria Chaves de. Dicionário Jurídico / Law Dictionary. Português-Inglês / Inglês-Português. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

ROSAS, Roberto. Direito sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6884>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007

---

#### Notas

01 SGARBOSSA, Luís Fernando; JENSEN, Geziela. A Emenda Constitucional nº 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um breve ensaio sobre hipóteses de inaplicabilidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 708, 13 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6884>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

02 DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado. Introdução, teoria e metodologia. 2. ed. rev., aum. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 205. SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado. Ciência, política legislativa, integração e prática judiciária. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 107.

03 SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Op. cit., p. 107. VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law. Os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 67.

04 Código de Processo Civil brasileiro, art. 557, inserta no Capítulo VII, Da ordem dos processos nos tribunais: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior." (destaques ausentes do original).

05 DANTAS, Ivo. Constituição & Processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2007, p. 529.

06 CRFB/88, 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."

07 CRFB/88, ART. 103-A: "§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade."

08 CRFB/88, Art. 103-A: "§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

09 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "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 Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto 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 acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão."

10 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante."

11 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "§ 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. § 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo."

12 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares."

13 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "§ 1o O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2o No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal."

14 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 4o A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público."

15 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 5o Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso."

16 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão."

17 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

18 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 8º O art. 56 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

"Art. 56.. .."

.....

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso." (NR)

Art. 9º A Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

"Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso."

"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 as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal."

19 Lei n. 11.417, de 19.12.2006: "Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação."

20 Pode-se extrair o conceito de direito sumular do magistério de Roberto Rosas, o qual o define, sinteticamente, como "o reflexo do direito emanado das súmulas de um tribunal". ROSAS, Roberto. Direito sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 12.

21 Com relação a outros aspectos problemáticos, como a compatibilização entre a súmula vinculante e o princípio do livre convencimento motivado do magistrado, bem como sobre hipóteses de inaplicabilidade do novel instituto, ver nosso "A Emenda Constitucional n. 45/04, a súmula vinculante e o livre convencimento motivado do magistrado. Um estudo sobre hipóteses de inaplicabilidade. A tensão do instituto para com o princípio em questão já foi reconhecida, dentre outros, por João Luís Fischer Dias, em sua obra O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais / das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thompson, 2004, pp. 112-113.

22 Ver nosso artigo Globalização econômica, neoliberalismo e direitos humanos. Desafios diante da nova realidade global. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1716, 13 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11044>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

23 Sobre alguns aspectos problemáticos da democracia representativa na contemporaneidade e suas limitações ver o nosso artigo "Referendo e plebiscito: um estudo sobre os institutos de democracia semidireta e o risco de seu desvirtuamento na contemporaneidade. Estudo comparativo dos casos italiano, venezuelano e outros." Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1625, 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10757>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

24 Embora, como acertadamente constata João Luís Fischer Dias, nosso direito seja bastante eclético, tendo sofrido, em diversas áreas, marcada influência do direito norte-americano (DIAS, João Luís Fischer, op. cit. p. 149), em termos de sistema, isto é, de forma de compreensão do fenômeno jurídico, de identificação da regra de direito, de raciocínio dos juristas, de interpretação e aplicação do direito, de elementos determinantes ou constantes, o direito brasileiro é inequivocamente filiado à matriz européia-continental. Assim, a introdução do binding precedent induz, sim, a incompatibilidades sistêmicas ou funcionais.

25 DIAS, João Luís Fischer, op. cit. p. 112 e ss.

26 SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1346, verbete súmula. ROSAS assim define súmula: "Esta reflete a jurisprudência de um tribunal ou de uma seção especializada autorizada a emitir a consolidação" (ROSAS, Roberto, op. cit., p. 12).

27 ROSAS, Roberto, op. cit., p. 14.

28 SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado cit., p. 103.

29 Ver nosso Elementos (cit.), pp. 104-121.

30 Idem, pp. 115 e ss.



31 René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 427-428.

32 Idem, p. 428.

33 SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado cit., p. 115.

34 Ibid.

35 DAVID, René, op. cit., p. 430.

36 VIEIRA, Andréia Costa, p. 125.

37 Ibid.

38 Id., pp. 124-125.

39 DAVID, René, op. cit., p. 430. VIEIRA, Andréia Costa, op. cit., p. 126, MELLO, Maria Chaves de, op. cit., p. 829.

40 VIEIRA, Andréia Costa, op. cit., p. 126.

41 DAVID, René, op. cit., p. 430, SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela, op. cit. p. 119.

42 VIEIRA, Andréia Costa, op. cit., p. 126.

43 Id., pp. 126-127.

44 SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado cit., p. 227.

45 Neste sentido o magistério de Guido Fernando da Silva Soares, citado por João Luís Fischer Dias, op. cit., p. 21.

46 Ibid.

47 Sobre as noções de compatibilidade e incompatibilidade sistêmica e funcional, ver SGARBOSSA, Luís Fernando. JENSEN, Geziela. Elementos de Direito Comparado cit., pp. 84 e 214.

48 DAVID, René, op. cit., p. 434.

\* Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro da Société de Législation Comparé (SLC), em Paris (França). Membro da Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC), de Florença (Itália), seção italiana da Association Internationale des Sciences Juridiques (AISJ), de Paris (França). Especialista em Direito Constitucional. Bacharel em Direito.

\*\* Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Membro da Société de Législation Comparé (SLC), de Paris (França). Membro da Associazione Italiana di Diritto Comparato (AIDC), de Florença (Itália), seção italiana da Association Internationale des Sciences Juridiques (AISJ), de Paris (França). Especialista em Direito Constitucional. Bacharel em Direito. Professora das disciplinas Hermenêutica Jurídica e Teoria da Argumentação.

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11340>> Acesso em: 4 jun. 2008.