



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAFAEL PEREIRA CASIMIRO

SÚMULA VINCULANTE: ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO
JUCICIÁRIO NA ATIVIDADE LEGISLATIVA

SOUSA - PB
2009

RAFAEL PEREIRA CASIMIRO

SÚMULA VINCULANTE: ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO
JUCICIÁRIO NA ATIVIDADE LEGISLATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Jacyara Farias Sousa.

SOUSA - PB
2009

Rafael Pereira Casimiro

SÚMULA VINCULANTE: ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA
ATIVIDADE LEGISLATIVA

Aprovada em : de de 2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Jacyara Farias Souza – UFCG
Professora Orientadora

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

Nome – Titulação – Instituição
Professor(a)

RESUMO

A estrutura de um Estado democrático tem em sua concepção a separação das funções estatais nos moldes propostos por Montesquieu, sendo considerado elemento indissociável da sua compreensão, tais poderes de Estado apresentam-se distribuídos em três funções harmônicas e independentes entre si (executiva, legislativa e judiciária), idéia recepcionada pela Constituição de Federal de 1988. Qualquer modificação que vise alterar a estrutura de separação das funções de Estado é vista com desconfiança. E com razão: a estrutura tripartida de funções preserva os direitos dos cidadãos em face do Estado. A discussão central desse trabalho está na averiguação de uma possível transformação da separação de funções após a edição da reforma do Poder Judiciário, a qual instituiu uma nova competência para o Supremo Tribunal Federal a edição de súmula vinculante para matéria constitucional. Para alguns especialistas a súmula guarda caracteres de norma geral e abstrata, possuindo a mesma força da lei, o que configuraria uma invasão das competências constitucionais do Legislativo por parte do Judiciário. O objetivo geral do presente trabalho é a análise do surgimento do Estado e a estruturação de suas funções. Os objetivos específicos compõem-se em analisar os diversos instrumentos de uniformização de jurisprudência nos países filiados ao *common law*, em especial, Inglaterra e Estados Unidos, e ao *civil law*, Portugal e Brasil. De igual importância trata-se da forma pela qual os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se equilibram por meio do sistema de freios e contrapesos na concepção filosófica proposta por Montesquieu. Outro objetivo específico é a análise do controle concentrado de constitucionalidade, com efeito vinculante e seus efeitos anteriores a Emenda Constitucional 45/04 e posteriormente quando a própria súmula é o ponto central. Comparar-se a súmula com a lei formal no que tange a alcance e efeitos. A metodologia a ser usada compõe-se dos métodos dedutivo, comparativo e histórico-evolutivo, por meio do qual as famílias jurídicas serão estudadas a partir da importância ofertada a jurisprudência enfatizando sua finalidade e ressaltando a origem histórica do instituto da súmula do direito americano. Desse modo se chega à conclusão a respeito das relações de dependência ou independência da súmula quando comparada à lei e se a competência do Legislativo está sofrendo interferência do Judiciário ou se é apenas um sucedâneo do sistema de freios e contrapesos.

Palavras-Chave: Tripartição das funções estatais, mecanismo de freios e contrapesos e; jurisprudência.

ABSTRACT

The structure of a democratic state in its design is the separation of state functions in the manner proposed by Montesquieu, is considered inseparable element of their understanding, such powers of state are found distributed in three harmonic functions and independent of each other, an idea approved by the Constitution the federal 1988. Any amendment to change the structure of separation between the state is viewed with suspicion. And with reason: the tripartite structure of functions preserves the rights of citizens in the face of the state. The central thread of his work is the investigation of a possible transformation of the separation of functions after the issue of reform of the judiciary, which established a new competence to the Supreme Court the issue of summary binding to constitutional matters. To some experts the summary character of general stores and abstract, with the same force of law, which set up an invasion of the constitutional powers of the legislature by the Judiciary. The general objective of this analysis is the emergence of the state and the structuring of their duties. The specific objectives shall be composed of the various instruments to analyze the uniformity of law in countries belonging to the common law, in particular, England and the United States, and the civil law, Portugal and Brazil. Of equal importance it is the way in which the three powers Executive, Legislative and Judicial balance is through the system of checks and balances in the design philosophy proposed by Montesquieu. Another specific objective is to analyze the concentrated control of constitutionality, with binding effect and its effect prior to Constitutional Amendment 45/04 and then when the summary itself is the central point. We compared the summary to the formal law with regard to scope and purpose The methodology to be used is composed of methods exegetic-legal, historical and comparative-evolutionary, through which the legal families are studied from the importance offered a case emphasizing its purpose and emphasizing the historical background of the institute's summary of American law. Thus we reach the conclusion about the relationships of dependence or independence of the summary compared to the law and the jurisdiction of the legislative interference of the judiciary is suffering or is only a substitute in the system of checks and balances.

Keywords: Separation of state functions, System of checks and balances and; law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO 1 A ESTRUTURA DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS.....	10
1.1 O nascimento do Estado Moderno.....	10
1.2 Os elementos constitutivos do Estado.....	14
1.3 A Teorização da Separação das Funções Estatais.....	16
1.4 A separação das funções estatais no ordenamento jurídico brasileiro.....	22
1.4.1 O Poder Legislativo.....	23
1.4.2 O Poder Executivo.....	25
1.4.3 O Poder Judiciário.....	27
CAPÍTULO 2: A ORIGEM DA SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	30
2.1 Modelos de controle de dissídio jurisprudencial.....	30
2.1.1 Os países de tradição <i>common law</i>	31
2.1.2 As feições do ordenamento jurídico dos países filiados ao Civil Law.....	35
2.2 O Precedente Judicial: definição e classificação.....	39
2.3 Precedentes dos efeitos vinculantes no Brasil.....	41
2.3.1 O efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade.....	46
CAPÍTULO 3 A SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL.....	50
3.1 Análise da Introdução da Súmula Vinculante no Brasil.....	50
3.2 As funções típicas e atípicas dos poderes de acordo com a EC 45/04.....	57
3.3 A súmula como Fonte de Obrigações.....	64
3.4 A coexistência entre a súmula e a lei.....	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	72
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

Um dos alicerces que configuram o Estado Moderno, de acordo com as concepções elaboradas pelos gregos e objeto de análise do presente trabalho é o poder soberano e sua composição, aspecto relevante para a compreensão de um Estado coeso. A forma como o poder é estruturado determina o modo como os governantes relacionam-se com os governados, conferindo-lhes maiores liberdades quanto mais democrático for o governo. Apesar de ser uma construção teórica da filosofia grega, em particular de Aristóteles, a Revolução Francesa é considerada o marco histórico na mudança de como se estrutura o poder nos aspectos filosóficos e jurídicos.

O presente trabalho se destina é averiguar o surgimento do Estado e sua evolução até o atual estágio e como o poder se encontra estruturado, também a forma como Montesquieu reestruturou as idéias de Aristóteles a respeito da estruturação das funções de Estado observando a necessidade de equilíbrio entre suas funções como indispensável para se garantir as liberdades individuais protegendo as camadas sociais menos favorecidas tendo por objetivo evitar a ascensão de poderes concentrados em uma figura singular: o sistema freios e contrapesos, alicerce das constituições americana e brasileira.

A escolha do tema se justifica pela importância das atividades exercidas pelo Poder Judiciário que se adjudicou historicamente por resguardar os direitos dos cidadãos perante os outros cidadãos e dos desmandos do próprio Estado, em virtude disso todos os conflitos de interesse devem ser submetidos ao seu julgamento com o objetivo de promover a justiça, aplicando corretamente as normas jurídicas aos casos concretos.

Em virtude do crescimento da população e a melhoria do seu nível cultural o número de casos que chegam ao conhecimento do Judiciário cresceu a tal ponto que o trabalho dos magistrados e dos Ministros dos Tribunais superiores não conseguiu acompanhar o ritmo; ocasionado uma demora significativa da prestação jurisdicional, com isso se instaura uma crise de lentidão que se torna clara por meio da insatisfação e inquietude popular causadas pela duração demasiadamente longa dos processos. A análise numérica dos processos que ingressam no Judiciário terá

como fonte o relatório do Conselho Nacional de Justiça apresentado dados da movimentação processual do ano de 2006.

Ver-se-á que não são recentes as tentativas de acelerar a conclusão dos processos por meio da atividade das instâncias judiciárias superiores, na medida em que se buscavam métodos para dar a casos semelhantes resultados similares. Como se observará mais adiante as decisões dos tribunais, a jurisprudência teria um papel fundamental na uniformização do direito.

A introdução da súmula de efeito vinculante no ordenamento jurídico brasileiro é tentativa de agilizar o julgamento de processos perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da competência para editar a súmula vinculante; como isso o constituinte teria lhe delegado a competência de editar pronunciamentos jurisprudenciais com força coercitiva similar a produção normativa do Legislativo. Assim o órgão de cúpula do Judiciário estaria legislando e em virtude disso o princípio constitucional que guarda a separação das funções estatais estaria violado.

O objetivo geral é a análise da importância e do porquê da separação do poder em três esferas legislativa, executiva e judiciária, como fundamento de uma democracia considerada sólida, tendo em vista a proteção dos direitos dos cidadãos e as relações entre os referidos poderes fulcrando nas suas funções típicas e atípicas, em especial dos poderes Legislativo e Judiciário.

Especificamente analisar-se-á o surgimento dos sistemas jurídicos do *commun law* e papel da jurisprudência nos países filiados ao *civil law*, suas principais fontes do direito, comparando o modo como os magistrados relacionam-se com as suas principais fontes do direito, respectivamente o costume e lei. Explicar-se-á os seus respectivos mecanismos de uniformização de jurisprudência e as suas finalidades nos sistemas jurídicos abordados. No Brasil tratar-se-á dos Assentos da Casa de Suplicação mandamentos jurisprudenciais portugueses aplicados no país enquanto Império, dos recursos de revista e extraordinário do Código de Processo Civil de 1939.

Outro ponto a ser analisado será o costume comum como fonte do direito nos Estados Unidos, por isso a família jurídica desses povos recebe o nome de *common law*, o que num país de dimensões continentais pode ocasionar distorções quando da aplicação ao costume ao caso concreto: por ser um elemento cultural pode receber interpretações particulares dependo da região. O instituto dos *stare decisis* serviu de instrumento para conferir uniformidade às decisões que envolvendo

fatos similares obtinham pronunciamentos díspares mesmo sendo baseadas no mesmo costume. Acentuou-se a força das decisões judiciais nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte entendeu que o direito federal seria entendido de acordo com os seus posicionamentos.

Adiante o foco passará para os países no qual a lei é a fonte legal do direito, sua interpretação e o entendimento do magistrado sobre a norma define bem como o modo como o direito é aplicado, seu campo de atuação é restrito pela norma dotada de um campo de atuação delimitado pelo legislador. Em virtude disso, as decisões deveriam ser coesas, não sendo conflitantes quando os mesmos fatos forem postos em juízo. Contudo, como se verá não é a realidade.

Outro objetivo específico será o controle concentrado de constitucionalidade, abordado por ser um precursor da jurisprudência com efeito vinculante no Brasil, enfatizando a importância da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao direito constitucional e como influi na relação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por fim, o enfoque será a súmula de efeito vinculante introduzida no Brasil pela Emenda Constitucional 45/2004, a chamada reforma do Poder Judiciário. O ponto de partida será a PEC 54/95 texto de autoria do Senador Ronaldo da Cunha Lima que modificou o art. 102, § 2º da Constituição Federal. Ver-se-á que é adaptação de um instituto típico do direito americano com a finalidade de acelerar a prestação jurisdicional no país em matéria constitucional. Visto que o número de processo que chegam a Corte Superior é enorme, impossibilitando uma prestação jurisdicional adequada por sua parte.

A metodologia do presente trabalho constitui-se do método histórico-evolutivo que servirá para analisar a origem e o desenvolvimento do Estado, a estruturação das funções estatais; ressaltando a importância de cada um dos Poderes na tentativa de manter o Estado democrático. Por meio desse método analisar-se-á o surgimento do instituto do *common law* e o surgimento da súmula de efeito vinculante nesse sistema jurídico e sua posterior adoção no sistema jurídico brasileiro.

Por meio do método comparativo, analisar-se-ão os mecanismos de uniformização de jurisprudência e seus papéis nos dois sistemas jurídicos, o *common law* e o *civil law* e então deduzir os pontos positivos e negativos da utilização da jurisprudência e a influência na resolução de conflitos por parte do

Judiciário. Partindo da jurisprudência como um todo e passar-se-á a súmula vinculante, uma jurisprudência dotada de obrigatoriedade, distinguindo-a dos outros mecanismos de uniformização de entendimentos dos tribunais.

No procedimento da pesquisa o método dedutivo será o escolhido, por meio deste ver-se-á os aspectos gerais dos sistemas jurídicos e o modo com a jurisprudência é usada como meio de uniformização da prestação jurisdicional para enfim se observar os aspectos positivos e negativos da utilização da jurisprudência em particular a súmula e se ocorre afronta ou não ao princípio da separação dos Poderes Estatais.

Nessa construção a pesquisa bibliográfica do material a ser abordado será fundamental e a análise numérica da movimentação processual dos tribunais superiores servirá para complementar a pesquisa.

Por meio da pesquisa averiguar-se-á se a introdução do instituto no ordenamento brasileiro, instigador de diversas discussões no que tange a desconfiguração das funções do Poder Legislativo, o qual não elaboraria com exclusividade as fontes formais passando a dividir sua competência com o Judiciário, isso devido ao fato de a súmula de efeito vinculante aproximar-se das feições de uma norma geral e abstrata, porém de acordo com seus opositores dotada de força coercitiva maior sobre os magistrados. Conforme sua configuração legal verificar-se-á a sua posição como fonte do direito, comparando-a com a própria lei provinda do Legislativo e sua capacidade de se constituir fontes de obrigações entre os particulares e entre o particular e o Poder Público.

CAPITULO 1 A ESTRUTURA DO ESTADO E A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

A história do homem encontra seu nascimento com o advento da escrita, porém com o Estado surgem as civilizações e começa-se a falar em homens convivendo em grupos e nas dificuldades em conviver com os semelhantes, isso devido aos conflitos entre os povos de um mesmo grupo social, e deste grupo com outros. Com isso a necessidade de dirimir os conflitos de interesses é crucial para a existência do próprio Estado e o poder nas mãos de um grupo que regule as relações sociais faz-se necessário.

Com o progresso das sociedades os conflitos e as necessidades crescem de tal forma que o grupo responsável por manter a ordem e a coesão social não consegue controlar adequadamente os conflitos ou o faz cerceando a liberdade dos outros integrantes do Estado. De uma maneira ou de outra a vida em sociedade torna-se inviável podendo-se falar, de certa forma, no retorno a barbárie. Dessa forma a reestruturação do poder distribuído em órgãos especializados é indispensável para o regular andamento do Estado e as liberdades dos populares.

1.1 O nascimento do Estado Moderno

O Estado na concepção hodierna encontra certo amparo nas antigas denominações, elaboradas na Grécia Antiga, a partir de *Polis*¹ e na sociedade romana através da *Civitas*.² Essas concepções perduraram até a Idade Média, e com o desenvolvimento das sociedades, tais conceitos não eram mais suficientes para explicar a complexa estrutura em que se tornou o Estado, com isso foram substituídas pelas concepções modernas. Sahid Maluf (1998, p. 20) cita diversos tratadistas especializados na origem do Estado, dentre os quais Bluntschli,

¹ Cidade entendida como comunidade organizada formada pelos cidadãos, no grego "*politikos*", isto é homens nascidos no solo da cidade livres e iguais. ARRUDA, 2002, p.45

² Para os romanos também *res publica*, chamada de status que significa situação ou condição. Ibidem, p.68.

destacam a impossibilidade de separar o Estado-idéia no sentido de Estado instituição, do Estado como entidade histórica, real e empírica. Percebe-se o entendimento do Estado instituição como construção do pensamento humano; o aspecto empírico distancia-se das construções filosóficas e concentra-se na realidade fática, concebe-se o Estado a partir da realidade.

Na contramão desses pensadores, Kelsen (apud MALUF, 1998, p.20) retomou essa concepção dualística, embora sob outras denominações destacando:

[...] o Estado por dois ângulos diversos: primeiro como objeto de valorização, isto é, encara o Estado como deveria ou não deveria ser, e depois como realidade social, ou seja, como efetivamente é. Só na primeira hipótese o estudo tem caráter científico. Aí o observador se guia pela razão e pode formular os juízos de valor. Na segunda hipótese o observador se guia pela liberdade.

Nesse aspecto, onde se enxerga o Estado sob dupla perspectiva Maluf (1998, p. 20) encara-o como um produto político e histórico, mais próximo da compreensão atual:

No plano político, onde se encara o Estado principalmente como fato social, os conceitos emitidos pelos autores decorrem das construções doutrinárias. Uns consideram o Estado como organismo natural ou produto da evolução histórica, outros como entidade artificial, resultante da vontade coletiva manifestada em dado momento. Uns o conceituam como objeto de direito (doutrinas monárquicas), outros sujeitos de direito, como pessoa jurídica (doutrinas democráticas). Outros ainda o consideram como a expressão mesma do direito, incluindo em uma só realidade Estado e Direito (teoria monista). Jellinek vê no Estado uma dupla personalidade, social e jurídica, enquanto Kelsen e seus seguidores o negam como realidade social para afirmá-lo estritamente como realidade jurídica.

Estudiosos americanos, dentre eles Burgess (apud MALUF, 1998) anunciam o Estado como uma parcela organizada da sociedade, outra corrente apresenta-o como um conjunto de homens que almejam objetivos comuns, tais como a segurança mútua através da união de esforços, como salientou Thomas M. Cooley. Dentre os doutrinadores americanos, R. M. Mac Iver enfatizou que o Estado reunia homens associados, os quais atuam baseados em uma lei promulgada por um

governo investido de poder de sanção, destinado a manter a ordem em um território delimitado.

Dentre os autores brasileiros, destaca-se a posição favorável aos autores americanos adotada por Clóvis Beviláqua. Pelo qual o Estado é um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe dá unidade orgânica. Aprofundando-se no estudo das doutrinas alemães, o mestre brasileiro extraiu essa definição (apud MALUF, 1998, p. 21):

O Estado é a sociedade que se coage; e para poder coagir é que ela se organiza tomando a forma pela qual o poder coativo se exercita de um modo certo e regular; em uma palavra, é a organização das forças coativas sociais.

Azambuja (1998) cita várias teorias que procuram explicar a origem do Estado quais sejam, a origem familiar, contratual, violenta, destaca-se ainda a formação natural e a histórica.

A origem familiar do Estado baseia-se na possibilidade de que uma família tenha dado origem a um Estado sob a liderança provável de uma figura paterna, o chefe de família. Na medida em que se concebe que um grupo de indivíduos abdica de forma consensual parcelas de sua liberdade em proveito de outro homem ou de um conjunto deles, uma assembléia como definiu Hobbes (apud AZAMBUJA, 1998) tem-se a origem contratual do Estado. Quando ocorre por meio de submissão por meio de forças de um grupo social por outro se fala em origem violenta.

Percebe-se também a possibilidade do surgimento espontâneo ou natural, onde um determinado grupo de pessoas ligadas por laços naturais, fixadas em um determinado território e submetidas a uma autoridade própria passam a constituir um Estado.

Têm-se como elementos constitutivos do Estado: a população, o território e o governo; resta analisar como a síntese desses elementos origina um Estado. Ao se aprofundar na gênese do Estado, Azambuja (1998) não se fixa nas causas genéticas na formação da estrutura social, apesar de haver a probabilidade de que a partir de uma família tenha se originado um determinado Estado, como salienta o autor não se trata de um processo que ocorreu em varias regiões do planeta.

A convivência em grupos sociais é uma tendência natural dos seres humanos, na medida em que os grupos sofrem em aumento numérico significativo as relações sociais tornam-se mais complexas. O Estado surgiria como elemento regente das relações sociais, harmonizando os interesses conflitantes por meio de regras jurídicas positivadas.

A respeito dessa formação natural do Estado, Azambuja (1998, p. 107) destaca:

Quando as sociedades primitivas, compostas já de inúmeras famílias, possuindo uma autoridade própria que as dirija, se fixaram num território determinado, passaram a constituir um Estado. Este nasce, portanto, com o estabelecimento de reações permanentes e orgânicas entre os três elementos: a população, a autoridade ou poder político e o território.

O Estado numa visão primitiva decorre apenas da fixação de famílias em um espaço determinado sendo subordinadas a uma autoridade, ainda que seja familiar. A formação do Estado atual está relacionada em grande parte na transformação dos Estados primitivos, portanto o Estado Moderno é uma evolução do próprio Estado primitivo, para Maluf (1998, p. 40):

Extinguiram-se os Estados primitivos oriundos dessa ordem natural primitiva, e sobre os seus escombros ergueram-se os Estados do mundo atual. Na sua maioria, representam estes o renascimento ou a re formação dos velhos impérios extintos, conservando, muitas vezes, o nome e as tradições, porém ostentando nova configuração geográfica e política.

A gênese dos Estados pode ser estudada sob dois aspectos: procurando-se na história as condições e as circunstâncias que permearam seu nascimento, de outro modo busca-se a causa comum na formação de todos os Estados. Fulcrando nessas idéias há modos comuns na formação de todos, quais sejam: os modos originários, os secundários e os derivados.

De acordo com Azambuja (1998) o modo originário decorre da formação social de um determinado agrupamento humano, homogêneo, pelo menos em parte com identidade de raça, idioma, religião; o qual encontra um determinado território,

possibilitando o surgimento de uma estrutura de governo, este por sua vez passa a apresentar as condições universais da ordem política e jurídica. Os modos secundários podem surgir do fracionamento de um Estado, o qual deve ter início em um impulso interno; ou da união de diversos Estados.

Dentre os modos derivados citados por Azambuja (1998) destaca-se a colonização, mas não menos importante está a confederação, uma união convencional de diversos Estados nacionais independentes com o intuito de empreender interesses comuns; tratando-se de uma união indissolúvel passa-se a ter uma federação. Outra modalidade adotada por alguns países europeus (MALUF, 1998) é a união real, de caráter permanente, onde dois ou mais países formam uma pessoa de direito público internacional, como exemplo tem-se a união da Inglaterra, Escócia e Irlanda, os quais em âmbito internacional formam a Grã-Bretanha.

1.2 Os elementos constitutivos do Estado

São três os elementos que se podem denominar indispensáveis para a configuração de um Estado, quais sejam: população homogênea, território certo e inalienável e governo independente. De acordo com estudiosos da Teoria Geral do Estado, como Maluf (1998) e Azambuja, (1998) mediante a ausência de qualquer desses elementos, não se pode caracterizar um Estado. Tem-se a população como o primeiro elemento formador do Estado, a substância humana é basilar na estrutura daquele. Desta feita, resta caracterizá-la em seus requisitos, como a homogeneidade, na qual residem as divergências doutrinárias, pois de acordo com alguns autores somente uma unidade étnica pode constituir uma população.

Ao focar a população como elemento constitutivo do Estado, Maluf (1998, p. 23-24) privilegia o conceito genérico, relacionando a população, homogênea ou não, a uma base territorial como elemento caracterizador do Estado:

[...] o elemento *população* se entende, em sentido amplo e puramente formal, como reunião de indivíduos de várias origens, os quais se estabelecem em um determinado território, com ânimo definitivo, e aí se organizam politicamente. Argumentam esses autores, entre os quais se destaca Bigne de Villeneuve, que muitos Estados, como a Suíça, a Áustria,

a Bélgica, reuniram porções de povos diferentes, sendo certo que a Bélgica se formou sem que existisse realmente uma *nação belga*. A própria nacionalidade italiana teria resultado de uma fusão de grupos étnicos, como umbros, os samnitas, os lígures, os etruscos etc. Citam-se exemplos mais recentes, entre os quais os da República Islandesa e o Estado da Califórnia, este criado por uma resolução de uma assembléia heterogênea de garimpeiros. Além disso, segundo Roger Bonnard, a noção de etnia é essencialmente uma noção racista, e não existem grupos étnicos morfológicamente homogêneos que possam integrar uma determinada nação. (Grifos do autor)

Para compreensão dos elementos do Estado, busca-se uma homogeneidade no que tange ao elemento humano, não no sentido de racial, como fizeram os teóricos do nacional-socialismo, e sim uma unidade étnico-social, obtida por meio de unidade política, resultante de um processo lento, perdurando por séculos talvez milênios. Desse modo o Estado é produto da vontade de seus nacionais. Segundo Maluf (1998), os Estados plurinacionais, são tidos como Estados imperfeitos, sobrevivem somente diante de temores, sendo necessária uma unidade nacional para promover a sobrevivência do mesmo, pois falta-lhe a identidade nacional da população.

Outro elemento indispensável para a constituição do Estado é o território, sua base física, onde parcela da superfície terrestre está ocupada por sua população, no qual ocorre a validade de sua ordem jurídica, como definiu Hans Kelsen (apud MALUF, 1998).

Nesse sentido Azambuja (1998) define o território como o país propriamente dito, sem o qual o Estado não pode existir; de acordo com suas lições os judeus formavam uma nação até a criação do Estado de Israel mesmo sob o comando de uma única autoridade, devido à falta de um território. Queiroga Lima (apud MALUF, 1998) afirma que o Estado na definição moderna é estritamente territorial. De acordo com este posicionamento, as nações nômades não poderiam ser consideradas Estados.

Como terceiro elemento constituinte do Estado está o governo, entendido sob vários aspectos conforme Maluf (1998): de acordo com a escola metafísica francesa é a delegação de soberania nacional, a população entrega o poder aos representantes (os governantes); o poder na visão dos estudiosos alemães, é um atributo indispensável da personalidade abstrata do Estado; numa acepção positivista, é o conjunto das funções necessárias à manutenção da administração

pública e da ordem jurídica, reduzindo o Estado a um conjunto de normas jurídicas destinadas a manter a ordem social.

Esta necessidade de uma forma de expressão do poder através de um governo é observada nas normas que se destinam a manter a coesão e asseguram o desenvolvimento de qualquer grupo social, consoante destacado por Azambuja (1998). Comumente confunde-se governo e soberania, pois o conceito do primeiro exprime o conceito de poder soberano, este na visão de Maluf (1998) tem implícito a organização governamental.

No que diz respeito à necessidade de uma ordem estatal, Azambuja (1998, p. 48) assim nos esclarece:

A forma política da sociedade, o Estado, mais do que qualquer outra, é essencialmente ordem e hierarquia, porque, englobando inúmeras sociedades, tem de conciliar-lhes a atividade e disciplinar a dos indivíduos que as compõe. Apesar de menores e englobadas no Estado, as demais sociedades são como ele naturais e necessárias à existência completa do homem e, por isso, o Estado, sem sacrificar-lhes os objetivos, deve traçar regras que as acomodem na organização política.

Nessa esteira de análise dos elementos constitutivos do Estado alguns autores anseiam incluir a soberania como sendo um quarto elemento, que segundo Maluf (1998) seria a força geradora e justificadora do elemento governo, na sua essência a soberania antecederia o próprio governo. O mesmo autor reforça outra característica, a independência, nas órbitas interna e externa e, portanto um Estado perfeito.

1.3 A Teorização da Separação das Funções Estatais

O princípio basilar do sistema constitucional vigente na maioria das democracias ocidentais é divisão do poder estatal em três órgãos distintos, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, os quais devem funcionar com independência e harmonia. Deduz-se que os países democráticos do ocidente adotam em seus

textos constitucionais a tripartição e, portanto são considerados países liberais, por salvaguardarem os direitos individuais da sua população.

Apesar da estreita relação como a estrutura atribuída ao Estado na concepção moderna a doutrina da tripartição dos Poderes estatais fora delimitada na antiguidade pelo filósofo Aristóteles, de influência decisiva nos movimentos liberais na Idade Moderna, os quais culminaram nas revoluções e ulteriormente as Constituições Americanas em 1787 e a Francesa em 1789, com clara influência de filósofos como, Montesquieu, Locke e Rousseau, porque apregoaram a necessidade da preservação do equilíbrio de forças internas do Estado.

Na esteira dos filósofos gregos, John Locke (1998, apud MORAES, 2005) tratou de forma similar o assunto reconhecendo três funções distintas, dentre as quais, a executiva, apta a aplicar a força pública no interno, buscando manter a ordem e o direito e; a federativa, responsável por estabelecer alianças e manter relações com outros Estados. No entanto, somente no século XVIII, conseguiu-se uma construção filosófica que agradasse as inquietudes de séculos de discussões: em 1748, Montesquieu publicou a sua obra célebre *O Espírito das Leis*.

Tendo em vista a necessidade de equilíbrio entre as funções do Estado, Montesquieu (2003) propôs o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Contrapondo a monarquia à democracia o autor francês destacou suas peculiaridades. A monarquia seria constituída por poderes intermediários, subordinados e dependentes do monarca absolutista e por isso o poder seria exercido em seu benefício. Em uma democracia o poder é exercido em função do povo por que pode escolher seus governantes, o povo encontra-se indiretamente no poder. Pode-se afirmar então que as leis são instituídas pelo povo por intermédio de seus confiados, os governantes escolhidos pelo sufrágio.

Assim comenta Montesquieu (2003, p. 166):

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse esses três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

É unânime entre os estudiosos do Direito Constitucional a necessidade de tripartição das funções estatais bem delimitadas. Nas grandes democracias ocidentais o poder tripartido impediu, ao menos dificultou o retorno das monarquias absolutistas redundando em um retrocesso histórico. A história recente do Brasil demonstrou que um poder hipertrofiado emperra o desenvolvimento nacional e de seus nacionais, cujas conseqüências negativas serão sentidas por muitos anos.

A divisão das funções do poder soberano em três órgãos distintos alicerça-se nos seguintes critérios: um órgão encarregado da elaboração das leis, o Poder Legislativo; outro teria a atribuição de executar, o Poder Executivo; e o Poder Judiciário, responsabilizar-se-ia por dirimir os conflitos pela pronúncia do direito, respondendo aos anseios pela justiça.

Consoante Maluf (1998, p. 209) é um avanço a divisão dos poderes entre três órgãos distintos e independentes, pois:

Nos Estados monárquicos antigos, medievais, e até mesmo no começo da idade moderna, bem como nas primitivas repúblicas gregas e romanas, não havia, em regra, divisão funcional do poder de governo. Naquelas o monarca, e nestas as assembleias populares acumulavam as funções de *legislar, executar as leis e julgar as controvérsias*. Entretanto, já os filósofos antigos cogitaram da limitação do poder de governo. Platão, no *Diálogo das leis*, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da *Assembleia dos Anciãos* ao poder do Rei, doutrinou que “não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos”. E Aristóteles, em sua obra *Política*, chegou a esboçar a tríplice divisão do poder em “legislativo, executivo e administrativo”. (Grifos do autor)

A importância dada a Montesquieu encontra-se no fato de ter construído uma doutrina consistente com idéias futuras para seu tempo e bem atuais a partir de divagações filosóficas de seus predecessores. Tal a força de sua doutrina, que influenciou a constituição da Virgínia, elaborada em 1776, a qual abarcou por completo as idéias do pensador, por coincidirem com os ideais liberais dos norte-americanos.

A democracia norte-americana com mais de 200 anos de continuidade e solidez, que sobreviveu a revoltas internas, a conflitos de proporções mundiais e a ameaças terroristas, demonstrou que as idéias de Montesquieu confirmam o ideal democrático, proporcionam uma sociedade de indivíduos conscientes dos seus direitos e deveres e que por isso podem colaborar diretamente no desenvolvimento do Estado, não sendo apenas meros expectadores.

A liberdade individual do cidadão está diretamente associada à forma como o poder se estrutura, por isso a necessidade de três poderes independentes entre si para que se fiscalizem mutuamente, coibam os próprios excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais inerentes aos governados. O Legislativo elabora as leis, ao Executivo cabe a execução, por fim caberia aos tribunais averiguar as irregularidades no cumprimento das leis. Em última análise, os três poderes são serventúrios da norma jurídica emanada da soberania nacional.

Aprofundando-se na teorização da separação dos poderes, Montesquieu (1994, p. 25) demonstrou a necessidade de equilíbrio dos Poderes sugerindo o sistema “freios e contrapesos”, com o fulcro de salvaguardar o dinamismo do Estado, pois:

[...] precisa-se combinar os Poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir... Sendo seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo Legislativo. Esses três Poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

Justifica-se a existência do mecanismo de freios e contrapesos pela intrínseca relação constitucional entre a defesa da separação dos poderes e a existência dos direitos e garantias fundamentais, pré-requisitos para a existência do Estado democrático de direito. Conforme esclarece Moraes, (2005) foram estabelecidas na Carta Magna diversas garantias e imunidades para os ocupantes das funções estatais com o intuito de equilibrar os Poderes, mantendo a independência entre eles e uns freando os outros através de controles recíprocos. Com tal intuito a Constituição atribuiu aos órgãos garantias e prerrogativas constitucionais. Há a

necessidade de imunidades e prerrogativas como pressuposto para o bom exercício das funções estatais.

A separação das funções estatais não está no estágio do momento histórico em que fora adotado na América recém separada do Império Britânico, recepcionada em conformidade com as necessidades do presidencialismo puro dos norte-americanos, configurando uma divisão rígida, com funções e competências pré-estabelecidas. Montesquieu (2003) esclareceu o modo como os poderes devem funcionar: harmônica e independentemente, em decorrência disso prefere-se a denominação separação de funções, em detrimento de separação de poderes. Escolha justificável em face do momento histórico vivenciado pelos ex-colonos.

O poder de soberania, pela essência, é uno e indivisível. Como salientou Kelsen (apud MALUF, 1998) o poder estatal é uma unidade, na forma de manifestação, plural. Se o poder, decorrente da soberania pudesse ser seccionado, configurar-se-ia uma divisão da própria soberania, fato que não pode existir, contudo diversos órgãos de manifestação do poder soberano coexistem sem desconfigurar o Estado, pelo contrário através desses órgãos percebe-se a presença estatal. Cada órgão atua dentro de uma esfera de ação exercendo a totalidade do poder soberano.

Analisando a estrutura dos três poderes Kant (apud MALUF, 1998, p. 212) fez uma analogia a Santíssima Trindade, entendendo que o Estado apresenta-se como unidade e trindade simultaneamente:

A aparente confusão, porém, pode ser facilmente desfeita, colocando as coisas nos devidos termos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são *poderes independentes* no sentido literal da palavra, já que devem ser harmônicos e coordenados entre si. São órgãos de manifestação do poder de soberania nacional, que é na sua essência, *uno e indivisível*. Cada um, na esfera da sua função específica, exerce a totalidade desse poder. Como o corpo humano que dispõe de vários órgãos e sentidos (visão, audição e dicção etc.) sujeitos ao fulcro de uma só vontade, o Estado manifesta a sua vontade, o seu poder, através desses três órgãos que compõem a sua unidade. (Grifos do autor)

Cada poder mantém a sua unidade e independência em relação aos demais, porém para o bom funcionamento do Estado é imprescindível a colaboração de todos na busca de um fim que lhes deve ser comum: a harmonia social. O

funcionamento isolado o desconfiguraria e até mesmo tornaria impossível o bom funcionamento da máquina estatal.

Discorrendo sobre a teoria dos freios e contrapesos, Canotilho (2000) observou a repartição das funções estatais em três níveis: um funcional, outro institucional e por fim sócio-estruturável.

Em nível funcional o Estado se distingue em funções fundamentais para o poder político: legislativa, executiva e judiciária. Em nível institucional apresenta-se como parlamento, governo e jurisdição. A última é a forma pela quais os poderes se apresentam conforme as forças sociais, como os grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades e no exemplo brasileiro os Estados-membros.

De acordo com Canotilho (2000, p. 563) a articulação dos poderes de Estado é vista sob outro aspecto:

Hoje, a articulação dos planos funcional e institucional é corrente no neoinstitucionalismo, mas, em geral, o nível sócio-estrutural é reduzido a **povo eleitor** ou povo **legitimador**. Ora, tal como já se referiu (...) o povo é uma *grandeza pluralista*. Disso tinham perfeita noção Locke e Montesquieu ao recortarem esquemas de governo tendo como pano de fundo a sociedade feudal estamental e as estruturas sociais do absolutismo.

Finalmente as formas de governo propostas por estes teóricos perpassa a *filosofia emancipatória do constitucionalismo*. Escrevendo em épocas diversas e em contextos sociais diferentes, os dois autores pretenderem, no fundo, sugerir um enquadramento teórico para uma *organização constitucional concreta das liberdades*. (Grifos do autor)

A posição da população encontra-se passiva em demasia, restringindo-se a eleitor e legitimador das posições dos seus representantes principalmente em relação ao parlamento, a tripartição preservaria o mínimo de liberdade dos cidadãos pela edição de cláusulas pétreas em um núcleo constitucional intangível e pelo engrandecimento da posição do Poder Judiciário em harmonia com o Ministério Público.

Ao se atribuir o carácter tripartido aos poderes de Estado os idealizadores proporcionaram uma visão mais ampla de sua estrutura. Como elemento formador, o poder é vital para manter a coesão do Estado, contudo ao prever que o poder não ficaria adstrito a um só indivíduo (monarquia ou ditadura) garantiu a liberdade dos

integrantes do principal elemento do Estado, a população em particular dos indivíduos que o compõe.

1.4 A separação das funções estatais no ordenamento jurídico brasileiro

Como sucedânea de uma era mais democrática para a sociedade brasileira, a Constituição promulgada em 1988, previu em seu artigo 2º a separação das funções estatais, transpondo novamente para a estrutura político-administrativa do Brasil o artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, prevendo a separação das funções estatais em três esferas: a Legislativa, a Executiva e a Judiciária.

O Ministério Público de acordo com Moraes (2005) deve ser incluído nesse rol devido ao importante papel de assegurar o equilíbrio entre os Poderes, por meio da fiscalização, com o fito de preservar o respeito aos direitos fundamentais. Porém prefere-se citá-lo como função essencial à Justiça.

Uma visão renovada da separação das funções demonstra a evolução da sociedade e do Direito em suas finalidades mediante as novas necessidades sociais. No entender de Moraes (2005) em um primeiro momento a tríplice divisão buscava a proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente; sob o enfoque contemporâneo, a clássica divisão dos Poderes mostrou-se inadequada diante das novas funções atribuídas ao Estado, qual seja conferir ao seu povo o bem-estar. Perante essa nova realidade, a divisão das funções é regradada por mecanismos de controles recíprocos, os freios e contrapesos.

O constituinte declarou no artigo 2º da Carta Magna a tripartição dos Poderes afirmando que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A distribuição prevista ofertou aos Poderes uma função predominante, perante a qual se pode caracterizá-lo como detentor de parcela da soberania estatal, sem prejuízo de outras funções presentes no texto constitucional. Mesmo sua função predominante não é exercida com exclusividade absoluta. Diante desse pronunciamento do constituinte, fala-se de funções típicas e atípicas.

A função típica dá aos poderes de Estado um contorno constitucional que o distingue dos demais em um primeiro momento, sendo exercida para a população de forma direta permitindo separar funcionalmente um poder dos demais. O Poder Executivo é responsável por administrar a coisa pública, o Legislativo é definido pelas suas funções de elaborar as leis e fiscalizar os outros poderes; o Judiciário por aplicar a lei ao caso concreto dirimindo conflitos.

Fala-se em uma função atípica ao se relacionar com as atividades internas (a administração interna do poder), ou mesmo exercida em caráter excepcional. O Poder Executivo legisla ao editar medidas provisórias (previstas para situações excepcionais) e realiza o julgamento em instância administrativa dos seus servidores. O Legislativo também administra, permitindo seu funcionamento interno e realiza o julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Por fim, atipicamente o Judiciário realiza atos de administração interna e legisla ao elaborar seu regimento interno.

1.4.1 O Poder Legislativo

Como órgão encarregado de elaborar as leis que regularão as relações sociais proporcionando o surgimento das obrigações entre os indivíduos na sociedade está o Poder Legislativo. Outra atribuição constitucional conferida ao órgão é a fiscalização do Poder Executivo.

O processo legislativo, previsto na Constituição em seu artigo 70, estabelece regras para que o Congresso Nacional elabore normas jurídicas, mais adiante lhe atribuiu a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional, e patrimonial do Poder Executivo. Vale registrar que o constituinte optou pelo sistema bicameral, dividindo o Poder Legislativo em duas casas que compõem o Congresso Nacional: o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

Acerca do exercício de sua função típica de fiscalizar, Moraes (2005, p. 379) salienta:

O exercício da função típica do Poder Legislativo consistente no controle parlamentar, por meio de fiscalização, pode ser classificada em *político-*

administrativo e financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias. Inclusive, a Constituição Federal autoriza a criação das comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante o requerimento de um terço dos seus membros, que deverá ser aprovado pela maioria, para a apuração de um fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3º). (Grifos do autor)

Ao exercer a fiscalização, o Poder Legislativo atua conjuntamente ao Tribunal de Contas da União, um órgão auxiliar e de orientação, porém não se trata de um órgão subordinado, consoante Moraes (2005) atua por meio de atos de natureza administrativa, que se restringe à fiscalização. O Tribunal de Contas elabora pareceres técnicos aos quais o Legislativo não está vinculado.

No que tange a função de legislar, a Constituição estabeleceu um conjunto ordenado de disposições que regram o procedimento a ser seguido pelos órgãos competentes na produção de leis e atos normativos. Há no próprio texto a definição de atos a serem realizados pelo referidos órgãos legislativos visando à produção das espécies normativas previstas no artigo 59, quais sejam: Emendas Constitucionais, leis complementares e ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Ao seguir o procedimento previsto constitucionalmente para a elaboração dessas espécies normativas, cumpre-se o princípio da legalidade, na medida em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de espécie normativa elaborada pelo Poder competente em consonância com o processo legislativo constitucional.

Moraes (2005, p. 568) menciona as conseqüências em caso de descumprimento do processo legislativo:

O desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado. Salienta-se, ainda, que mesmo durante o processo legislativo, os parlamentares têm o direito público subjetivo à fiel observância de todas as regras previstas constitucionalmente para a elaboração de cada espécie

normativa, podendo, pois, socorrerem-se ao Poder Judiciário, via mandado de segurança.

As funções atípicas do Poder Legislativo constituem-se em administrar e julgar. O ato de administrar visa à organização e operacionalidade interna, tais como provimento de cargos, concessão de férias; a segunda função é exercida no processamento e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

1.4.2 O Poder Executivo

O Poder Executivo é exercido no Brasil pelo Presidente da República auxiliado pelos seus Ministros de Estado, opção realizada a partir da primeira Constituição Republicana promulgada em 1891, tal posicionamento teve clara influência da estrutura constitucional norte-americana. As características e o desenvolvimento dos institutos do presidencialismo são alvos de estudos desde a sua implantação nos Estados Unidos, dentre os estudiosos podem ser citados Jay, Madison e Hamilton (1987, apud MORAES, 2005) e de acordo com eles a figura central desse regime de governo é a figura do Presidente da República, que dentre outras funções deve (MORAES, 2005, p. 421):

[...] garantir a independência entre o Executivo e Legislativo. No presidencialismo, o Poder Executivo concentra-se na pessoa do Presidente, que o exerce, em regra, sem responsabilidade política perante o Poder Legislativo, que somente poderá ser julgado por crimes de responsabilidade em casos extremos como o *impeachment*. A irresponsabilidade política do Chefe do Executivo engloba seu ministério, por ele demissível *ad nutum*, sem nenhuma dependência ou vinculação política com o Congresso; pois, na implantação da Separação de Poderes pelos Estados Unidos da América, os poderes são iguais e visam a um relacionamento harmônico, não podendo nenhum deles atentar contra a existência, independência ou funcionamento dos demais. Assim, o Presidente da República não possui o poder de dissolver o Congresso Nacional, e tampouco o Poder Legislativo pode demitir o Chefe do Executivo ou influir na escolha de seus auxiliares diretos (Ministros e Secretários). (Grifos do autor)

Cabe ao Poder Executivo como órgão constitucional a prática de atos de chefia de Estado, de Governo e de administração. De acordo com a Constituição Federal de 1988 cabe ao Presidente da República a chefia do Poder Executivo, recebendo auxílio dos Ministros de Estado. Na sua esfera de atuação podem ser incluídos o braço civil da administração, a burocracia; e o militar, as Forças Armadas. Moraes (2005) dessa forma ressalta a concentração das chefias dos negócios do Estado e do Governo em uma figura ímpar.

Como ocorre com o Poder Legislativo, o Executivo também possui funções que podem ser qualificadas como típicas e atípicas. Ao administrar a coisa pública está exercendo sua função tida como típica, em contrapartida ao legislar, ao editar Medidas Provisórias, previstas no artigo 62 da Constituição e, no contencioso administrativo quando julga observa-se as suas funções atípicas.

Destaca-se ainda a posição de Meirelles (2006, p. 521):

[...] o poder de *utilização* e *conservação* das coisas administrativas, diversamente da idéia de propriedade, que contém, além desse, o poder de *oneração* e *disponibilidade* e a faculdade de *aquisição*. Daí por que os atos triviais de *administração*, ou seja, de *utilização* e *conservação* do patrimônio público, independem de autorização especial, ao passo que os de *alienação*, *oneração* e *aquisição* exigem, em regra, lei autorizadora e licitação para o contrato respectivo.

Em sentido estrito, a administração dos bens públicos admite unicamente sua *utilização* e *conservação* segundo a destinação natural ou legal de cada coisa, e em sentido estrito também a *alienação* dos bens que se revelarem inúteis ou inconvenientes ao domínio público e a *aquisição* de novos bens, necessários ao serviço público. (Grifos do autor)

Comprando como o Poder Legislativo, o Executivo possui um contato direto com a população, pois ao administrar os bens públicos atende de forma imediata suas necessidades. O Legislativo tem a atribuição constitucional típica de elaborar normas reguladoras da vida social, que serão postas em prática pela ação do Executivo, em virtude disso pode-se dizer que sua atuação na vida dos cidadãos é sentida de modo indireto. As normas penais, por exemplo, são percebidas pelos cidadãos em virtude de seu descumprimento quando terá que se invocar o poder sancionador do Estado.

O Estado como agente presente no cotidiano é percebido pelo Poder Executivo, este tem o dever de fazer toda a máquina estatal funcionar perfeitamente, porém não sozinho. Numa democracia amadurecida e consolidada a harmonia entre os poderes é essencial para o desenvolvimento econômico e social da nação. Boas normas existem quando bem elaboradas de acordo com uma visão de toda problemática social, o que exige um legislativo comprometido com seus deveres constitucionais. Por fim, destaca-se que esse arcabouço normativo para ser bem executado necessita para tal fim de governantes qualificados.

1.4.3 O Poder Judiciário

Num grupo social complexo, onde as relações sociais modificam-se rapidamente as normas não conseguem regular toda a gama de fatos, com isso surgem as lides. Para salvaguardar a harmonia e a existência do Estado é indispensável a existência de um órgão que proteja os direitos de um homem em face de seus semelhantes e em relação ao próprio Estado.

Paralelamente as funções de legislar e administrar, o Estado atua também ao julgar, por meio do qual se almeja a imposição da validade do ordenamento jurídico, coativamente, em razão da necessidade. Esclarece Moraes (2005) que a função jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário quando aplica a lei a uma hipótese controvertida, onde há conflito de interesses entre as partes, isto com observância de um processo regular, tendo como objetivo produzir a coisa julgada, que substituirá a vontade e a atividade das partes.

Esclarece ainda Grinover (2006) que como sucedâneo das funções típicas e atípicas dos Poderes conclui-se que a atividade jurisdicional não se esgota na esfera judiciária. Estão presentes no texto constitucional situações onde o Poder Legislativo exerce a função jurisdicional.

A Câmara dos Deputados ao receber como procedente a acusação contra o Presidente da República, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado de acordo com o artigo 51, I da CF/88 exerce função jurisdicional. Este mesmo artigo prevê para o Senado Federal a atividade jurisdicional ao processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem

como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

Do mesmo modo que a atividade jurisdicional não se esgota no Poder Judiciário, as funções desse Poder não se resumem a solucionar litígios, de acordo com Grinover (2006) as funções normativas podem ser notadas quando do exercício do autogoverno no ato em que os tribunais elaboram seus regimentos internos, de acordo com as diretrizes do artigo 96, I, a da CF/88.

São funções que podem ser comparadas a legislativas de acordo com Moraes (2005) quando da edição do regimento interno dos tribunais respeita-se às normas do processo e a garantia processual das partes, adequando a competência e o funcionamento dos seus respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Soma-se ao citado acima, a iniciativa de leis de organização judiciária, atribuída pela Constituição nos artigos 93 e 125, § 1º com exclusividade aos tribunais.

As funções atípicas não se resumem apenas às normativas e legislativas, incluem-se nesse rol, consoante Grinover (2006) as tidas como administrativas, exercidas em variadas atividades concebidas como de autogoverno da Magistratura previstas no artigo 96 da CF/88. Pode-se citar como exemplos de atividade tipicamente administrativa a concessão de férias aos membros e serventuários, o provimento dos cargos de juiz de carreira, conforme o previsto na Constituição.

O Ministério Público é uma instituição permanente indispensável à função jurisdicional do Estado. O art. 127 da Constituição define suas funções, responsabilizando-o pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Trata-se de um órgão independente do Poder Judiciário, sendo independente no exercício de suas funções, encontrando limitações apenas no Texto Constitucional. O Procurador-geral é responsável pela direção única, deflagrando, nesse aspecto, a unidade orgânica.

A Constituição de 1988 alçou ao patamar constitucional a figura da advocacia, definindo-a como indispensável, prevendo para o correto exercício de suas funções a sua independência no art. 133. A figura do advogado é tida como indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Tais privilégios exigem a regular inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena da inexistência dos atos praticados.

As funções típicas são o meio de ação direta do Estado em seu território, em virtude disso recebem maiores destaques por parte dos veículos de comunicação de

massa em virtude de serem as mais visíveis pelos governados. As funções atípicas por serem inerentes ao funcionamento interno, não saltam imediatamente aos olhos da população. Contudo o bom funcionamento interno de um órgão é revelado pelo tratamento dispensado à população, em virtude disso, as funções típicas e atípicas revelam-se de igual importância.

O papel hodierno das funções de Estado, independentes e harmônicas entre si, está relacionado com a manutenção das liberdades individuais conquistadas. Isto pode ser notado a partir da análise das suas funções modernas. No que tange as duas funções centrais desse estudo, o Poder Legislativo é obrigado a observar as normas inerentes ao processo legislativo, sob pena da incidência do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, nos moldes do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Do mesmo modo o Poder Judiciário deve respeitar as normas do devido processo legal e as garantias processuais (normas elaboradas pelo Poder Legislativo) quando da aplicação das normas ao caso concreto. Nota-se a atuação de cada poder objetivando o equilíbrio do Estado.

CAPÍTULO 2: A ORIGEM DA SÚMULA VINCULANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A função legiferante no ordenamento jurídico brasileiro é atribuição típica do Poder Legislativo, a atuação do magistrado brasileiro é regida pelo primado da norma legal escrita, resta ao magistrado a tarefa de posicionar a norma na realidade social dando-a corpo de acordo com o seu entendimento pessoal, não podendo contrariá-la. Contudo as dimensões territoriais do Brasil favorecem a diversidade cultural e, portanto a forma de interpretar a norma pode variar de uma região para outra, incorrendo em soluções judiciais díspares para casos semelhantes, colidindo com o princípio da isonomia.

A subsunção da norma aos fatos pela interpretação do magistrado varia de acordo com seu entendimento pessoal, pois, constitucionalmente este direito lhe é assegurado. Interpretações contraditórias de uma norma afrontam a segurança jurídica. A atividade dos tribunais visa à correção dessas anomalias, mantendo o ordenamento jurídico coerente. O Judiciário quando da realização do controle de constitucionalidade atua como legislador negativo.

2.1 Modelos de controle de dissídio jurisprudencial

Nos países que adotam os costumes como principal fonte de suas obrigações, a liberdade dos tribunais é gigantesca, pois o campo para o desenvolvimento do direito é vastíssimo: não há amarras para limitar a atividade valorativa dos magistrados a não ser o costume que fundamentará a decisão judicial. Seu entendimento pode variar de acordo com a região em que se efetua o julgamento, conforme se valora o costume. Sob o primado da norma há uma forma de direcionar a atividade interpretativa dos magistrados: a própria norma legal elaborada pelo Legislativo.

Nas duas hipóteses a ocorrência de decisões contraditórias envolvendo um mesmo objeto é uma realidade facilmente detectável. Nos países que têm o costume como principal fonte do direito há muito se tem mecanismos para conferir unidade ao ordenamento jurídico, sendo natural a observação do entendimento do tribunal

superior, limitando a atividade do magistrado, inicialmente delimitada apenas pelo costume. Nos países onde a primazia pertence à lei, a observância do entendimento dos tribunais superiores é tida como limitador da atividade do juiz. São observados apenas os possíveis malefícios, esquecendo-se dos benefícios que se pode aferir: celeridade nos processos e segurança jurídica.

2.1.1 Os países de tradição *common law*

O costume como fonte do direito aplicado aos casos concretos e as diferentes formas de interpretar o direito encontra singularidades com a ascensão de João Sem-Terra ao trono inglês e com elaboração da *Magna Carta*. De acordo com Sormani (2008), por meio desta os nobres mantiveram suas conquistas políticas e asseguram diversos direitos e privilégios perante a Coroa. Tal documento apesar de não estender tais direitos a todos é considerado como essencial para entender a formação do Estado de Direito Inglês (*Rule of Law*).

Em decorrência dos poderes dos senhores de terra, a justiça na Inglaterra por séculos apresentou-se bastante fragmentada, eram inúmeras as jurisdições (reais, municipais, eclesiásticas, comerciais dentre outras) como consequência disso o poder concentrava-se nas mãos do senhor feudal, proprietário exclusivo das terras reais, e se encarregava de realizar a função jurisdicional delegada pelo rei.

A concentração da atividade jurisdicional aconteceu com a expansão da competência atribuída aos Tribunais Reais que funcionavam na *Cúria Regis*. Posteriormente, como ressalta Sormani (2008) esses tribunais receberam a denominação de *Tribunais de Westminster*, oportunidade em o direito passou a ser comum no território inglês (*common law*), como forma de facilitar a derrogação dos direitos costumeiros e particulares.

De acordo com David (2006) a competência das cortes reais, a princípio, ficou adstrita aos litígios que colocariam em cheque os interesses da coroa, possuindo contornos de direito público em virtude disso distancia-se dos costumes locais aplicados pelas jurisdições locais. Mesmo diante de sua competência restrita, por diversas ocasiões litígios comuns eram levados a julgamento perante as cortes, em detrimento da jurisdição local, em razão daquela possuir normas processuais mais

modernas e meios processuais mais eficazes para intentar a execução. Diante do desejo de ampliar a sua competência, as Cortes Reais acolheram as solicitações que lhes eram feitas, socorrendo-se ao ensejo de que todos os conflitos a ela submetidos seriam de interesse da Coroa, ganhando contornos também de direito privado.

Em detrimento do direito material, David (2006) destaca que se desenvolve o direito processual como o instrumento responsável por levar o processo até o fim, afastando-se das possíveis manobras protelatórias e submissão do litígio a imprevisibilidade do júri. Esse formalismo não raramente afastou a justiça. Para combater resultados ruinosos ao convívio social optou-se por uma petição dirigida ao Rei, fonte de justiça, pois este possuía a capacidade de intervir nos casos para preservar a consciência e a equidade. Em conseqüência dos numerosos recursos dirigidos ao Rei, atribuiu-se a um funcionário da Coroa, o Chanceler, seus julgamentos. Objetivando agilizar os processos, o Chanceler em vez de julgar um caso particular, acabou por definir regras de equidade (*rules of equity*) para examinar as petições que lhes eram dirigidas. Através da *equity*, alcançou-se um modo de forçar o cumprimento das decisões, sob pena de prisão.

A *equity* consistia-se como um sistema complementar ao *common law*, apesar da finalidade diversa, por não possuir o caráter imprevisível nas suas decisões, em oposição às decisões emanadas dos Tribunais Reais. Para Sormani (2008) o processo possuía as seguintes características: inquisitório, escrito e não-admissão do júri.

O século XIX, fora marcado por importantes reformas na estrutura judiciária inglesa, onde prepondera a competência da Cortes Reais como jurisdições de direito comum na Inglaterra. Consoante Sormani (2008) o foco passou da competência para o mérito do direito. Entre 1873 e 1875 foram instituídas diversas reformas profundas, os *Judicature Acts* alteraram a organização judiciária inglesa encerrando com a oposição entre os Tribunais reais e os Tribunais de chancelaria, os quais poderiam aplicar o *common law* e o *equity* simultaneamente.

Apesar de integrar a família dos países que integram o *common law*, a organização do Poder Judiciário norte-americano recebeu forte influência do federalismo. De acordo com a tradição das Treze Colônias, priorizou-se a primazia do poder dos juizes em detrimento do costume e da lei. Data vênica, adotou-se a

doutrina de Edward Coke (1999, apud SORMANI, 2008) pela qual o juiz estaria autorizado a ferir a lei que contrariasse o *common law*.

O rompimento dos laços com a Metrópole em 1776, ocasionou o nascimento de treze Estados soberanos e independentes, em contrapartida em 1777, estes decidiram por se unir, porém sem perder as suas independências por meio de um pacto confederado. Isto explica a tendência descentralizadora presente nos Estados Unidos. Fenômeno denominado de federalismo centrípeta.

A estrutura presente nesta nação pode assim ser descrita (SORMANI, 2008, p.39):

Nos Estados Unidos da América o federalismo é uma forma de organização política na qual o exercício dos poderes divide-se entre dois níveis de governo (nacional e estadual), com as seguintes particularidades: existência de poderes exclusivamente nacionais; de poderes exclusivamente estaduais; de poderes concorrentes; de poderes não permitidos ao governo federal; de poderes proibidos aos Estados e, finalmente, de poderes impeditivos tanto à nação como aos Estados.

Essa divisão de poderes entre o governo central e os governos estaduais deu origem ao **federalismo dualista** ou **conservador**. Logo, existem dois campos de poder, mutuamente exclusivos, reciprocamente limitados e ontologicamente iguais. (Grifos do autor)

Como conseqüência dessa dualidade, com a existência de competências exclusivas da justiça federal e outras da justiça estadual destacada por Sormani (2008), existem duas esferas judiciárias: uma a nível federal e outra a nível estadual. A primeira é organizada pela Constituição Americana em seu art. III, seção I segundo a qual é composta de uma Suprema Corte e de Cortes inferiores. Por outro ângulo os Estados podem organizar seu Judiciário nas suas Constituições. Trata-se, portanto de duas estruturas aparentemente independentes.

Essa estrutura propiciou a proliferação de decisões antagônicas nas diversas Cortes do país; esse quadro era agravado pela possibilidade da não aplicação dos costumes locais, prática adotada desde a época colonial. Sormani (2008) destacou a conseqüência dessa cultura: o caso *Marbury x Madison* a partir da qual se observa a decisão conforme os enunciados constitucionais, *judicial review*, podendo a decisão ser refutada em caso de discrepância em relação às normas constitucionais.

Através do *judicial review* as decisões ganharam o atributo de lei, recebem o nome de *case law*, ou seja, leis criadas pelas Cortes, que ao tomarem uma decisão sobre a questão em um caso particular cria uma orientação a ser seguida em outros casos que envolvam fatos semelhantes, aos quais deve ser aplicado o mesmo direito.

O efeito vinculante adquirido pela decisão é conhecido por *stare decisis*, "*to stand by [previus] decisios*"³. O *stare decisis* procura submeter as Cortes aos precedentes estabelecidos pelas Cortes superiores como forma de atribuir consistência, certeza e estabilidade as decisões judiciais. Somente por justificativas encontradas nas particularidades de um caso permitem afastar um precedente.

No que tange a aplicação do precedente há diversas diferenças entre o modelo inglês e o norte-americano. O sistema do *stare decisis* norte-americano possui uma visão singular, por ser mais flexível e de aplicação prática. Os precedentes devem ser seguidos porque conferem ao Direito a uniformidade e a estabilidade. Geralmente os precedentes estabelecidos pelos tribunais superiores são observados pelos tribunais inferiores, que se incluem na sua jurisdição, como sucedâneo os tribunais norte-americanos seguem as decisões tomadas pela Suprema Corte.

Contudo trata-se de uma observância radicalmente obrigatória, o precedente é aplicado primando pela correção e razoabilidade. A validade de um precedente é acompanhada por critérios políticos, econômicos e sociais. De acordo com Sesma (1995, apud SOUZA, 2008, p. 91), o precedente é aplicável em regra, contudo:

O tribunal é livre e está inclusive obrigado a afastar-se do precedente se, por causa de uma mudança nas circunstâncias ou nas necessidades sociais, a adesão ao precedente for prejudicial aos interesses públicos que, um determinado caso, podem ser mais importantes que a estabilidade do Direito.

A avaliação da questão se um precedente deve ser seguido ou não tem que estar baseada em critérios de utilidade social. O desejo de tomar uma decisão justa num caso concreto não deve considerar-se uma justificativa para derrogar um precedente.

³ Tradução: confiar nos casos anteriores. SORMANI, 2008, p. 40.

As diferenças entre a aplicação dos precedentes existentes entre o direito americano e o inglês acentuam-se em virtude do número de precedentes existentes nos Estados Unidos, decorrência de bastantes justiças estaduais, gerando precedentes contraditórios, por outro lado a expansão política e econômica norte-americana implica em modificações políticas e sociais mais substanciais como destacado por Souza (2008).

Por fim, a interpretação do direito constitucional possui um papel de destaque nos Estados Unidos. Os precedentes constitucionais quando interpretados exigem uma maior flexibilidade, por estas pertencerem a um ramo eminentemente político. Ao conferir flexibilidade a precedentes constitucionais concomitantemente irradiam-se pelos demais ramos do direito.

2.1.2 As feições do ordenamento jurídico dos países filiados ao Civil Law

No Brasil há o primado da norma legislada restando para os pronunciamentos dos tribunais a função apenas consultiva, porém há momentos em que sua posição jurídica modifica-se, como ocorreu com os assentos, um instituto de origem portuguesa que de acordo com Mancuso apontaram e aqui influenciaram os magistrados principalmente quando do Brasil Império, sendo recepcionados pelo Supremo Tribunal do Império. Os quais destinavam-se a unificar a jurisprudência.

A origem dos assentos assim foi apontada por Mancuso (2007, p. 194):

Para bem se compreender a evolução do tema, é preciso partir do dado histórico. A ocupação da Península Ibérica remonta ao ano 200 a.C., com a dominação romana, que aí haveria de deixar fortes vestígios, e perduraria até que, nos séculos V e VI, os povos nórdicos (suevos, álanos, vândalos) vieram ocupar o território, sendo depois subjugados, ainda no século VI, pelos visigodos. Este último povo teve no Imperador Alarico um sistematizador do Direito originário das fontes romanas, ao depois alterado pelos costumes dos povos bárbaros, tudo resultando no *Breviarum Alaricianum*, por sua vez fonte inspiradora do Código Visigótico, ou ainda *Fuero Juzgo*, documento que, desde então, viria a reger os povos da Península Ibérica. Por volta do século VIII os árabes invadiram o território e aí permaneceram longo tempo, até serem expulsos no século XV. No processo de expulsão dos sarracenos teve papel preponderante a resistência centrada no reino de Oviedo, do qual, na seqüência, viria a se separar o Condado Portucalense. Por essa época, o Direito reinante constituía-se de uma interação entre o *Fuero Juzgo*, as *cartas d'El Rey*,

ditas cartas de foro ou 'Direito foraleiro', mais o Direito Canônico e, ainda, os costumes. (Grifos do autor).

Conforme Buzaid (1982, apud MANCUSO, 2007), pode-se identificar no direito português, o instituto das *fazañas e albedrios*, de origem espanhola, onde o primeiro instituto, as *fazañas* funcionavam como juízo ou assento que se tomava diante de alguns feitos claros e duvidosos, os quais serviriam como arestos para servirem de referência para feitos semelhantes, em virtude da autoridade acreditada por quem os proferiu e aprovou. Tal instituto, segundo autor adveio do Direito espanhol, no *Codigo de las Siete Partidas*.

Aprofundando-se no estudo desse instituto, Mancuso (2007) denota que nessas normações já se encontrava presente ao menos em estágio inicial, a procura de uma expressão de um preceito que assegurasse a prática do Direito de modo a preservar o binômio certeza-justiça, nessa busca o norte seria almejado através de uma uniformidade interpretativa.

Os assentos portugueses receberam indiscutível influência do *Codigo de las Siete Partidas* (MANCUSO, 2007, p. 195), pois:

Por volta do século XIII, com a criação da Universidade de Lisboa, por Dom Diniz, que fizera traduzir a Lei das Sete Partidas, o Direito português e seu processo foram tomando forma e consistência próprias, evolução que culminaria, em 1446, com a promulgação da primeira das Ordenações, por Afonso V (ditas por isso Afonsinas), composta de cinco livros, sendo o terceiro dedicado ao processo civil. Em 1521 sobrevieram as Ordenações Manuelinas, no reinado de Dom Manuel, dito O Venturoso (sob cujo reinado se dera a descoberta do Brasil, em 1500), caracterizando-se tal obra por acréscimos e compilações sobre a Ordenação anterior. De especial interesse o que vinha disposto nessas Ordenações Manuelinas (livro V, título 58, § 1º): 'E mandará o Regedor escrever no livrinho, para depois não vir em dúvida', ficando assim lançada a semente que ao depois germinaria sob a forma dos assentos da Casa da Suplicação. Na seqüência, subiria ao trono Filipe II da Espanha (Felipe I, de Portugal), que iniciaria o processo de reforma das Ordenações preexistentes, tarefa que seria continuada e levada a termo por seu sucessor – Felipe III da Espanha (Felipe II, de Portugal), promulgando-se em 1603 as Ordenações Filipinas, também chamadas Ordenações do Reino. (Grifos do autor).

Com a subida ao trono do espanhol Felipe II ao trono inicio-se a reforma das Ordenações preexistentes, em virtude dessa reforma os institutos das *fazañas e albedrios* perderia sua posição no ordenamento jurídico português para os Assentos

da Casa de Suplicação. Mesmo usando dos assentos persistisse uma lacuna, onde costumes ou estilos não a suprissem, dever-se-ia recorrer aos ensinamentos do Direito Canônico, mediante a ineficácia na utilização deste último, à palavra real caberia dirimir o litígio pelas *decretaes*. A última instância caberia a estas em virtude da indiscutível autoridade real, sendo aquelas tomadas pelos desembargadores como precedente visando solucionar casos semelhantes.

Acerca disso escreve Mancuso (2007, p. 196) que:

Conquanto não se tratasse de uma jurisdição que hoje diríamos de tipo singular (subsunção da norma de regência a cada caso concreto entre partes determinadas), era especialmente valorizado o dado consistente na reiteração de julgamentos consonantes sobre o mesmo tema, reconhecendo-se que, "sendo as sentenças da Relação muitas e conformes, induzem estilo", vale dizer, passavam a ter eficácia extra-autos e ultra partes, numa expansão geral e abstrata, semelhante à que se passava com as normas legais. Esses estilos, por seu turno, derivam dos assentos das Cortes judicantes, a saber das Casas de Suplicação e do Porto. É dizer: as fontes formais ou formas de expressão do Direito provinham de mais de uma origem do origem do Poder, o que à época era compreensível, dado o consenso de que o Direito Positivo – codificado ou extravagante – não bastava para regular a extrema diversidade das possíveis situações conflituosas, donde a autorização para que os julgadores procedessem "de semelhante a semelhante" (título 69 do Livro III). (Grifos do autor)

Do ponto e vista do seu funcionamento, os assentos apresentavam-se como fonte formal do Direito, sendo um controle da divergência jurisprudencial, concomitantemente serviria como elemento integrador das lacunas no ordenamento jurídico.

Há duas funções que devem ser observadas na averbação dos assentos como destaca Mancuso (2007): existe uma função documental, como forma de perpetuar as decisões tomadas de acordo com as Ordenações, e outra operacional, ensejando a pesquisa e utilização por parte dos profissionais visando à solução de conflitos com base no seu enunciado.

Nesse ponto Buzaid (1982, apud MANCUSO, 2007, p. 202) leciona que:

Os julgados, tendo por objeto dirimir dúvida acerca da inteligência das ordenações, passaram a ser conhecidos como *assentos*, os quais, já ao longo do século XVI, eram escritos no chamado Livro Verde, assinados e

numerados pelo Regedor da Casa da Suplicação. Posteriormente, o referido Livro passou a denominar-se Livro de Assentos. Cândido Mendes de Almeida publicou-os em ordem cronológica desde o assento n. 1, de 27.02.1523, até o de n. 436, de 30.08.1832. (Grifo do autor).

No momento histórico abordado, o Brasil estava integrado ao *Reino Unido de Portugal e Algarves*, e mesmo com a independência proclamada em 1822 por aqui as Ordenações Filipinas e os Assentos da Casa de Suplicação deveriam ser observados na aplicação do direito, conforme autorizava um Decreto de 20.12.1823. Mesmo diante do silêncio da Constituição de 1824. Os Assentos da casa de Suplicação foram legalmente recepcionados pelo direito pátrio através do Decreto Legislativo 2.684 de 23.10.1875. Por meio deste decreto, o Supremo Tribunal de Justiça passou a considerá-los para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando da execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem em sua alçada. Consoante Mancuso (2007) os assentos permaneceriam em vigor até serem revogados por meio de um decreto legislativo.

Como se trata de uma mudança na fonte do direito somente uma regulamentação legal poderia tornar obrigatória a sua observância como parâmetro legal. O Decreto 6.142 de 10.03.1876 estabeleceu a forma como os assentos deveriam ser tomados por parte do Supremo Tribunal de Justiça:

Consoante Mancuso (2007) o artigo 1º estabelece que os julgamentos tenham sido proferidos em processos que estejam findos, depois de esgotados os recursos ordinários facultados por lei. Portanto os assentos teriam aplicação subsidiária. Na seqüência o artigo 2º prescreveu a existência de divergência dos julgamentos que tenha por objeto o direito em tese ou a disposição da lei, e não a variedade da aplicação proveniente da variedade dos fatos. Os assentos serviriam para dirimir conflitos de direito.

Na seqüência salienta Mancuso (2007) que o artigo 3º do referido decreto acenava que os assentos tomados não prejudicarão os casos julgados contra ou conforme a doutrina que estabelecerem. Nesse contexto pode-se considerar que os assentos advinham de um procedimento destinado a interpretar o direito em tese (*jus in thesi*), quando sua interpretação se mostrasse controversa. Em contraponto

com o que ocorre no incidente de uniformização de jurisprudência, os assentos somente seriam elaborados quando findo o processo.

2.2 O Precedente Judicial: definição e classificação

Passando pelo surgimento dos precedentes nos dois sistemas jurídicos abordados bem como pelo seu papel, passa-se para o modo como são empregados na construção dos julgamentos posteriores. No Brasil os precedentes jurisprudenciais envolvem a interpretação da própria lei, não possuindo condão de criar direito novo, incumbência dos parlamentares integrantes do Poder Legislativo não se incluindo na competência do Judiciário.

Uma definição objetiva para precedente judicial está nas lições de Black (1990, apud SOUZA, 2008, p.41) lecionando: “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”.

Sob a perspectiva do *common law*, o precedente judicial é considerado o Direito escrito consubstanciado a partir dos pronunciamentos dos tribunais anglo-americanos, onde a lide trazida a juízo é debatida a luz da literatura especializada.

De acordo com Souza (2008) duas teorias, uma declarativa e outra constitutiva procuram explicar a relação entre Direito e jurisprudência. A primeira teoria acena para a antecedência do Direito à jurisprudência, os tribunais ao proclamarem suas decisões declaram a existência do Direito em si, a decisão vem ressaltar, provar sua existência. Como contraponto, a Teoria constitutiva conclama a existência do Direito a partir do pronunciamento dos tribunais, *judge make law*, esta corrente parte da assertiva que, ao revelar o Direito, o precedente torna-se fonte do Direito, situação análoga aconteceu com o fato durante a evolução da ciência jurídica.

De acordo com a classificação adotada por Souza (2008), os precedentes podem ser classificados em precedentes declarativos ou precedentes criativos, vistos de acordo com seus atributos; e em precedentes persuasivos ou precedentes (absoluta ou relativamente) obrigatórios, dependendo dos contornos que lhes são fornecidos pelo sistema jurídico.

De acordo com a terminologia usada pelo autor um precedente é visto como declarativo se apenas declara o conteúdo da própria norma jurídica, portanto não há inovação em seu conteúdo, é visto como criativo caso origine ou aplique uma nova norma jurídica. No primeiro caso a norma é parte do Direito por ter seu espaço no ordenamento jurídico definido em virtude de aplicações anteriores; de modo diverso ao ser aplicado pela primeira vez, terá sua abrangência a partir de então delimitada, projetando seus efeitos também para o futuro.

Os precedentes persuasivos são dotados de autoridade, e esta é graduada de acordo com a influência exercida sobre as demais instâncias judiciais ao decidirem casos similares. Não é o caso da súmula de efeito vinculante introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004 prevista no art. 103-A da Constituição Federal, sendo de observância obrigatória devido ao órgão que a proferiu: o Supremo Tribunal Federal.

Cross e Farnsworth (1968, apud SOUZA, 2008, p. 52-53) resumem como essa autoridade se revela:

a) a autoridade pode estar dependente da correção intrínseca da decisão, de modo que a alegação do precedente não dispensa a demonstração da bondade da posição assumida e aí nós temos um precedente persuasivo; b) a autoridade pode afirmar-se por si e impor a solução do novo caso, exceto se se apresentar uma boa razão em contrário. Quer dizer, há uma forte presunção em favor do precedente de modo que só em casos excepcionais ele poderá ser afastado, [o que implica um precedente relativamente obrigatório]; c) a autoridade do precedente é absoluta; de modo que nem a demonstração de erro na solução a poderá infirmar, [a aí chegamos à noção do precedente absolutamente obrigatório].

Se um precedente é considerado persuasivo se um juiz não está obrigado a segui-lo, o grau de convencimento do precedente é considerado diante de alguns fatores, tais como: a posição hierárquica do tribunal emissor, o prestígio do juiz responsável pela criação, se a decisão foi unânime, a fundamentação condizente e precisa.

É relativamente obrigatório se a Corte tem a permissão de se afastar dele mediante a existência de determinadas razões, dentre as quais cita Sesma (1995, apud SOUZA, 2008, p. 55):

[...] quando é contrário ao Direito e quando é contrário à razão. É contrário ao Direito quando já existe uma norma jurídica estabelecida sobre ponto em questão e o precedente não se conforma com ela. O segundo caso (ser contrário à razão) acontece quando não há Direito declarado que possa ser seguido e os tribunais podem fazer o Direito para essa ocasião. Ao fazê-lo, a sua obrigação é seguir a razão e, na medida em que errarem ao fazê-lo, suas decisões são incorretas e os princípios estabelecidos nela têm o caráter de autoridade defeituosa.

Por fim, um precedente recebe o atributo de obrigatório quando seu conteúdo não poderá ser infirmado, questionado por um tribunal, sendo este obrigado a segui-lo mesmo considerando incorreto ou irracional.

É importante frisar que um precedente pode ser considerado persuasivo ou obrigatório conforme a Corte que o analisa. Assim, deve-se considerar a hierarquia da Corte em que o precedente está sendo analisado, pois os precedentes das Cortes superiores obrigam as inferiores, mas o contrário não é válido.

Trazendo para a realidade brasileira, a súmula de efeito vinculante passou a irradiar seus efeitos aqui com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, de acordo com a redação do art. 103-A da Constituição Federal, quando decidirem matéria constitucional poderão emitir súmulas com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos a sua jurisdição e à Administração Pública Direta e Indireta da União, do Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Configurando um precedente obrigatório.

2.3 Precedentes dos efeitos vinculantes no Brasil

O instituto do precedente está presente em qualquer sistema jurídico, seja *common law* ou *civil law*, independente da aceção adotada para o instituto; visto que auxilia nas atividades dos magistrados na interpretação dos enunciados legais nos moldes atribuídos por outros magistrado e Tribunais. Com entendimentos próximos a composição dos litígios torna-se célere, desobstruindo as vias judiciais de casos que possam ser solucionados rapidamente.

Sampaio (1985, apud SOUSA, 2008, p, 175) justifica a existência dos precedentes, baseado na razão de que:

Toda sentença cria, por sua vez, um precedente. A própria lei do mínimo esforço leva o juiz, ou o aparelho judiciário como um todo, a julgar do mesmo modo uma lide que tenha características iguais de outra causa já julgada. Um primeiro julgado assemelha-se à trilha aberta em selva inexplorada. É a única clareira que convida a passagem. Se os que por ela seguirem chegarem à meta procurada, o caminho se tornará freqüentado e converterá, com o tempo, em segura estrada real. Sob o ponto de vista ético, o próprio ideal de “justiça igual para todos” inclinaria o julgador a seguir o precedente. Assim sendo, é puramente platônica a conhecida proibição do Código de Justiniano, de que não se julgue conforme os precedentes – *non exemplis, sed legibus indicandus est* – até porque o julgador pode basear-se em decisão anterior sem mencioná-la. (Grifos do autor)

Os atributos que concedem a um precedente, persuasivo ou obrigatório, são as variantes de um sistema jurídico para o outro. Nos países que adotam o *common law*, o precedente é figura central do sistema jurídico, sendo de observação obrigatória como esclareceu Sousa (2008); ao contrário, ocorre nos países de tradição romano-germânica que os precedentes não se constituem como modelos para as decisões futuras, sua posição no ordenamento brasileiro é meramente persuasiva, tendo posição inferior à norma legislada.

No Brasil observou-se durante o período de subordinação política a Portugal a vigência dos Assentos da Casa de Suplicação, situação que perdurou até a derrogação pelo Poder Legislativo. Com a Constituição Republicana promulgada em 1891, optou-se pela dualidade das Justiças, federal e estadual; e do processo, constatada pela competência dos Estados para legislar sobre a matéria processual e sua organização judiciária.

Consoante Mancuso (2007) encerrou-se a observância dos assentos, em virtude da previsão constitucional do art. 59, § 2º que apontou uma forma de se obter a uniformização de jurisprudência dentro da estrutura judiciária brasileira prevendo que nos casos em que houver de aplicar as leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar as leis da União.

O mesmo critério esteve presente na reforma constitucional de 1926, prevendo a possibilidade de recurso extraordinário quando dois ou mais tribunais

estaduais interpretassem de modo diferente a mesma lei federal (art. 60, § 1º), este posicionamento fora repetido nos subseqüentes textos constitucionais: 1934, art. 76, III, *d*; 1937, art. 101, III, *d*; 1946, art. 101, III, *d*; 1967, art. 114, III, *d*; EC 01/69, art. 119, III, *d*; 1988, art. 105, III, *c* (todavia, agora já sob a modalidade de recurso especial ao STJ).

O decreto 16.273 de 20.12.1923, na visão de Mancuso (2007) trouxe mudanças consideráveis no panorama da uniformização: inseriu o instituto do prejudgado nas leis do processo do então Distrito Federal, inserção seguida por outros estados federados, por exemplo, o art. 1.126 do Estado de São Paulo previa: que quando ao relator parecer que já existe divergência entre as Câmaras, proporá, depois da revisão do feito, que o julgamento da causa se efetue em sessão conjunta. Em 1936 a Lei Federal nº 319 preparou a recepção do instituto pelo Código de Processo Civil de 1939, difundindo o instituto do prejudgado nacionalmente.

Nesse ínterim, o decreto 23.055 de 09.08.1933 enfatiza a autoridade e a eficácia das decisões do STF, ao mesmo tempo criou um instituto posicionado entre o reexame necessário e a advocatória, assim prevendo (MANCUSO, 2007, p. 201):

Art. 1º as justiças dos Estados, do Distrito Federal e de Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do STF.
§ 1º Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição ou princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá *ex officio* para o STF, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do referido acórdão.

Com o advento do CPC de 1939, vieram à tona dois recursos com a finalidade de se obter a uniformização de jurisprudência, o recurso de revista (arts. 853 a 860) e o extraordinário (arts. 863 a 869, *c/c* art. 101, III, *d*, da Constituição de 1937). Os dois recursos ainda vigem, porém, como salientou Mancuso (2007) com finalidades distintas: a revista existe no processo trabalhista, de acordo com o art. 896 da CLT, o extraordinário não se destina a dirimir a divergência jurisprudencial, hodiernamente o recurso com tal fim denomina-se especial. Em virtude das inúmeras possibilidades de recursos, previstos no CPC de 1939 aliado à estrutura

precária da justiça brasileira, houve o acúmulo de processos e por conseqüência a lentidão na distribuição da justiça.

Diante do estado em que se apresentava a justiça brasileira, Moacyr Amaral dos Santos (1997, apud MANCUSO, 2007, p. 206), escreveu:

Pode-se dizer que o país atravessa uma grave crise, de processo e de justiça. Os processos se retardam cada vez mais e se vão amontoando, sem solução, no juízo de primeira instância, como nos tribunais, mui particularmente o STF. Essas razões, acrescidas do fato do Código se achar em muitos pontos alterado por leis extravagantes, posteriores a sua promulgação, e que lhe quebraram a unidade e o sistema, levaram o governo da República, no propósito de renovar toda a legislação de direito material e processual, a encarregar o eminente processualista Prof. Alfredo Buzaid de elaborar um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em poucos meses desincumbiu-se o douto jurista da missão, apresentando, em 08.01.1964, cuidadoso e original trabalho, que espelha a mais moderna orientação técnica e científica do Direito Processual Civil, a ser submetido à consideração e aprovação de Congresso Nacional.

O objetivo de Buzaid (1982, apud MANCUSO, 2007) seria de certa forma trazer para o sistema judiciário brasileiro a experiência dos antigos assentos obrigatórios, propondo que uma decisão tomada no pleno do STF, pela maioria absoluta de seus membros, fato que se estenderia para os Tribunais de Justiça, seriam dotadas de força de lei nos seus respectivos âmbitos após 45 dias da publicação do Assento por órgão oficial (arts. 518, 519 e 520, parágrafo único do CPC).

Para Moreira (2005, apud MANCUSO, 2007) a proposta seria inconstitucional, em virtude disso esses artigos foram modificados, em substituição a súmula com força de lei, adotou-se o incidente de uniformização de jurisprudência.

Um ano antes em 1963, a jurisprudência viria a ganhar meios de consolidação com o surgimento das súmulas da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, o que de acordo com Sormani (2008) originou uma espécie de Direito, o Direito Sumular. Idéia do Ministro Victor Nunes Leal, ensejava simplificar e agilizar os trabalhos dos ministros do Tribunal, através da inserção das súmulas no regimento interno do STF.

Pode-se encontrar na doutrina dois entendimentos conceituais a respeito dos enunciados emitidos pelos tribunais, a súmula. Uma parte adota um conceito geral

sem adentrar na sua função, para De Plácido e Silva (1996, apud SORMANI, 2008), a súmula é compreendida como um enunciado que de modo abreviadíssimo aclara o teor, ou o conteúdo global de alguma coisa. Assim, a súmula de uma sentença, de um acórdão, é a síntese, ou a ementa da sentença ou do acórdão em si.

Estreitando o sentido do instituto da súmula Sormani (2008) entende a súmula como o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal, sintetizado em enunciado que constituirá precedente na uniformização de jurisprudência do próprio órgão.

Desde a sua criação a súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou-se hábil no que tange a uniformização conferida às normas constitucionais, e conforme Sormani (2008) precedeu a súmula vinculante. Em parte baseada na experiência dos países do *common law*, em instrumentos jurídicos de uniformização e vinculação jurisprudencial, a súmula de jurisprudência dominante é nitidamente brasileira. Em decorrência da boa aceitação da idéia por parte da comunidade jurídica, outros tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Recursos e o Tribunal Superior do Trabalho, adotaram as súmulas de jurisprudência dominante em seus regimentos internos. Órgãos que não pertencem à estrutura judiciária, quais sejam, o Tribunal de Contas da União e a Advocacia Geral da União, têm em seus regulamentos internos prescrições usadas como meios de orientações normativas de seus agentes.

A importância das súmulas já não permite maiores questionamentos, na medida em que o Código de Processo Civil moldou-se para aceitá-las, conferindo-lhe em diversas passagens um caráter quase normativo, por exemplo, o art. 544 § 3º prevê que o relator de agravo de instrumento contra decisão que negou provimento ao recurso extraordinário ou especial se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial. Com maior afinco, o art. 557 confere ao relator o poder de julgar como inadmissível, improcedente um recurso se este for de encontro à posição sumulada pelo Supremo Tribunal Federal ou tribunal superior. Na contra mão desse fato, o § 1º do referido artigo estabelece que um recurso seja provido se este estiver em consonância com as súmulas de tribunais superiores. A dispensa do reexame necessário nas decisões proferidas contra a Fazenda Pública é estabelecida pelo art. 475, § 3º pelos mesmos argumentos acima citados.

De acordo com Sormani (2008) os prejulgados trabalhistas acentuam a posição relevante ofertada aos enunciados dos tribunais, A redação do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece: que o Tribunal Superior do Trabalho pode editar prejulgados sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre os Conselhos Regionais do Trabalho. Estes posteriormente chamados de Tribunais Regionais do Trabalho.

A preocupação em adotar instrumentos responsáveis por uniformizar o entendimento dos magistrados brasileiros a respeito de uma norma, ao conferir caráter quase normativo aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal ou outro tribunal superior sempre foi desafogar o trabalho dos tribunais, que devido ao número de recursos previstos nos códigos processuais vêem inúmeros processos novos integrarem a sua pauta de trabalho anualmente, em sua maioria causas decididas em demasia pelo tribunal.

Em virtude do grande número de processos repetidos que se amontoam nos Tribunais brasileiros, as causas que envolvem fatos novos e complexos ficam relegadas a segundo plano e de certa forma impedindo a evolução do Direito realizada pelo trabalho dos tribunais. O Tribunal Superior ao estabelecer um parâmetro legal a ser seguido pelos magistrados e tribunais inferiores, esclarece seu entendimento e estes ao seguirem o posicionamento não terão suas decisões reformadas ou anuladas o que pode acelerar o andamento da marcha processual.

2.3.1 O efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade implementado no Brasil pela Emenda Constitucional nº 16/65 concedeu ao STF competência para processar e julgar originalmente a representação de inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual. Por meio desse mecanismo procura-se conseguir a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese independente da existência de um caso concreto sob judice. Com o intuito de garantir a segurança nas relações jurídicas é que se busca a obtenção da invalidade da lei ou ato

normativo, por esse motivo as relações jurídicas não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

No Brasil coexistem dois sistemas de controle de constitucionalidade, um concentrado e outro difuso, este último regrado de indefinições, por ter sido mal adaptado do sistema americano, porém sem o *stare decisis*, fato que distancia nesses dois instrumentos a qualidade das decisões no Brasil e nos Estados Unidos, já nestes as decisões apresentam-se mais uniformes.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, a Corte Americana aplica o mecanismo do *stare decisis* conferindo aos casos semelhantes o mesmo direito, obtendo assim uniformidade das decisões e por meio do qual somente litígios envolvendo direito novo ingressam na Corte, permitindo-se assim, a escolha dos casos a serem analisados e proporcionado uma maior qualidade nas decisões. Como não há um mecanismo semelhante no STF, o número de causas que chegam a julgamento ultrapassa a centena de milhares.

A falta de uma decantação na escolha dos processos gera por diversas ocasiões decisões díspares emanadas pelo órgão de cúpula. A própria estrutura legal das espécies de controle pressupõe mecanismos de harmonização, a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante. Almejando-se uniformidade nas decisões e concomitantemente nas relações jurídicas.

Outro empecilho na efetivação do controle de constitucionalidade comentado por Souza (2008) reside no fato de o STF, órgão de cúpula é o destino dos dois controles: concentrado e em abstrato. Pela quantidade bem superior dessas ações que ingressam na Corte brasileira, não é exceção a existência de decisões contraditórias, o que sob a perspectiva da igualdade perante a lei não é algo desejável. A maior gravidade reside em decisões contraditórias em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com vista de evitar as contradições, atribui-se à norma declarada como inconstitucional a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, que na técnica legal são mecanismos distintos, conforme o esclarecido pela Emenda Constitucional 3/93. Tal Emenda previu expressamente esses efeitos ao criar a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Quando se estabeleceu a eficácia *erga omnes*, expande-se os efeitos da decisão para todos, modificando a eficácia geral e abstrata da norma em discussão.

Declarando-se a constitucionalidade da norma confirma-se e eficácia geral e abstrata; se inconstitucional retira-lhe a eficácia.

O efeito vinculante por sua vez, obriga toda a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, exceto o próprio Supremo, que estaria apto a receber reclamações em caso de não observância da norma, de aplicação obrigatória por parte do Poder Executivo e seus órgãos. Destaque-se que o Poder Legislativo não sofre os efeitos vinculantes, uma vez que o art. 2º da CF/88 adotou o Princípio da Separação das Funções Estatais, evitando assim o engessamento da função legiferante no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Sormani (2008, p. 62):

O efeito vinculante resolve um problema que surge com a simultaneidade dos controles difuso e concentrado no sistema de fiscalização de constitucionalidade brasileiro. A sua utilização, ao vincular juizes e tribunais à decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, obsta o controle difuso, inibindo divergências judiciais quanto à questão constitucional decidida.

Portanto, não há redundância na atribuição do efeito vinculante à ação que já goza dos efeitos *erga omnes*.

A adoção do controle concentrado de constitucionalidade no ordenamento brasileiro referendou a posição do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, aproximando-o do papel exercido pela Suprema Corte nos Estados Unidos. No que se refere à interpretação da Constituição a posição do Supremo deve ser seguida pelos outros tribunais da federação. Pelo menos em matéria constitucional a interpretação uniforme é obrigatória.

As matérias constitucionais são as que devem merecer maior zelo por parte dos tribunais em virtude de terem ínsitas em seu conteúdo direitos e garantias fundamentais. Por esse fato deve prevalecer a uniformidade no modo como devem ser encarados e obedecidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta. A contrariedade no modo de cumprimento ou até o descumprimento pode gerar uma crise institucional e insegurança por parte da sociedade. A eficácia *erga omnes* o efeito vinculante das decisões, justifica-se na previsibilidade que deve existir nas decisões proferidas pelo tribunal: para os mesmos fatos o mesmo direito.

A observação dessa prática hodierna demonstra que a igualdade só ganha densidade conceitual e efetividade social quando amparada por determinados meios idôneos a torná-la concretamente possível. A igualdade perante a lei pressupõe-se tanto na sua elaboração legislativa quanto na sua aplicação ao caso concreto, nesse último ponto, é crucial a sua observância, de modo a garantir a estabilidade das relações sociais. A diferença nos pronunciamentos de tribunais justifica-se quando há desequilíbrio entre as partes no processo, caso contrário exige-se por parte do STF, no caso em questão, respostas idênticas para direitos idênticos.

Vê-se assim, que a isonomia não deve ser buscada apenas em face da lei enquanto geral, abstrata e impessoal, é desejável que se almeje quando após interpretada e aplicada pelos Tribunais. Dessa forma, impõe-se preservar a isonomia *erga omnes* da lei quando interpretada pelo juiz e aplicada ao caso concreto, a resposta judiciária deve ser justa, remetendo-se aos ideais do Direito Natural. Destaca-se que as relações jurídicas devem ser seguras, de outro modo não se pode falar em estabilidade social.

CAPÍTULO 3 A SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL

A adoção da súmula de efeito vinculante ocorreu por meio da Reforma do Judiciário introduzindo legalmente a doutrina do precedente obrigatório. Nota-se a diferença tanto na origem como no alcance, bem menor no ordenamento jurídico brasileiro (apenas matéria constitucional) em comparação aos Estados Unidos. Não se trata de uma separação de sistema do *civil law* e a adoção do *common law*, mas sim de um ponto de convergência entre os dois sistemas. Como todo processo evolutivo, adotou-se os benefícios que o instituto proporcionou nos Estados Unidos, um país de dimensões continentais similares como as do Brasil.

Vê-se que o principal propósito da adoção do instituto não converge com o intuito de sua adoção no país de origem: aqui visa desafogar o trabalho dos tribunais superiores, enquanto que na sua origem buscou a uniformidade das decisões judiciais. Devido à própria natureza humana, a linguagem é imprecisa e apresenta muitos aspectos, portanto a lei pode trazer dúvidas quanto ao entendimento quaisquer que sejam os fatos aos quais a norma se aplicará. As dúvidas sucumbirão quando o sentido da lei for preciso.

3.1 Análise da Introdução da Súmula Vinculante no Brasil.

De acordo como Mancuso (2007) dois projetos de reforma constitucional tramitaram paralelamente no Congresso Nacional com identidade de objeto: a reforma do Poder Judiciário brasileiro. No ano de 1996 o Deputado Jairo Carneiro apresentou um projeto bem abrangente, a princípio o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) 96/92 foi de autoria do Deputado Hélio Bicudo, dentre as diversas relatorias, o Deputado Luiz Antonio Fleury encarregou-se do tópico referente à súmula vinculante. Após aprovação por parte da Câmara Federal, no Senado esteve sob a relatoria do Senador Bernardo Cabral (PEC 29/2000).

Essa proposta de reforma constitucional no que tangia ao Poder Judiciário previu a súmula vinculante na seção I, as Disposições Gerais, preceituando no artigo 96, III a competência do STF e Tribunais Superiores para processar e julgar as

reclamações para salvaguardar suas competências e a garantir a autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes, podendo a decisão reformar ou cassar ato judicial e anular ato administrativo reclamado Na mesma seção, o artigo 106, I, a, estabeleceu como competência para o Supremo o processamento e o julgamento de Adin (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e Adcon (Ação Declaratória de Constitucionalidade) em face de lei ou ato normativo federal ou estadual e de súmula vinculante.

Concomitantemente tramitou no Congresso Nacional a PEC 54/95 baseada no texto do Senador Ronaldo da Cunha Lima a qual visava modificar a redação do artigo 102, § 2º da Constituição para os seguintes termos: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, após sumuladas, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

Após debates e discussões a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado ofereceu os seguintes contornos à proposta, que foram elencados por Mancuso (2007, p. 308):

Terão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações diretas de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros. (Grifos do autor)

O projeto de autoria do Senador Cunha Lima fulcrava-se em alguns pontos fundamentais comuns ao projeto do Deputado Jairo Carneiro: a harmonização da jurisprudência na esfera constitucional; facilitar, permitir o acesso das camadas socialmente desfavorecidas ao tribunal superior e diminuir o fluxo de processos.

Conforme informações colhidas no site do STF⁴ (2008) seguiram em para o Tribunal em 2008, 100.781 processos sendo que receberam julgamento 130.747 processos. De acordo com como relatório publicado pelo site do Conselho Nacional

⁴ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimento>. Consulta em 11 mai. 2009

de Justiça⁵ a respeito do funcionamento do Poder Judiciário em 2006 o número de ações que tramitaram nas Justiças Comum, Federal, do Trabalho e Juizados Especiais chegou a 16.142.912 processos.

Destaca-se também que em boa parcela das ações que tramitam nas Justiças Comum, Federal e do Trabalho tem como pólo (ativo ou passivo) o próprio Estado brasileiro, Muitas das causas envolvem o pagamento de diferenças no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o FGTS e o pagamento de títulos precatórios. E o próprio Estado brasileiro como parte, usando seu poder de IMPERIUM, posterga o cumprimento de suas obrigações tornando mais caro o seu cumprimento, em detrimento de negociações que agilizariam a solução das demandas a um custo bem menor.

De acordo como Silva (2004) o Estado de São Paulo desataca-se como o maior devedor de todos os Estados da federação acumulando um montante de seis bilhões de reais em títulos precatórios, e que segundo o referido autor, o Estado está presente em 80% das causas que tramitam perante o STF.

Desta forma, o artigo 102 da CF/88 adquiriria uma função diferenciada de acordo com a proposta de emenda constitucional, assim comenta Mancuso (2007, p. 308):

O STF poderá, mediante decisão de três quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre questão processual controvertida e excluídas as matérias relativas aos direitos e garantias individuais, aprovar *súmula que 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. (Grifos do autor)

Desta feita, diante da realidade dos tribunais brasileiros assoberbados com causas repetidas, com identidade de objeto que ensejam uma solução similar aplicável a todas, pois não tratam de direitos e garantias fundamentais, mas sim decorrentes das relações de trabalho (FGTS) e do outras relações com o Estado, como previdenciárias e tributárias que originam a maioria dos precatórios.

⁵ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=245&id=206&layout=blog&option=com_content&view=category consulta em 11 mai. 2009

O deputado Jairo Carneiro (1996, apud MANCUSO, 2007, p. 309): propôs a seguinte redação ao artigo 98 da CF:

O STF, sem prejuízo do disposto no artigo 107, § 2º, e os Tribunais Superiores, após decisões reiteradas da questão e mediante o voto de três quintos de seus membros, poderão editar *súmula com efeito vinculante* em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário submetidos à sua jurisdição e à Administração Pública Direta e Indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento. (Grifos do autor)

Em disposição do artigo 98, § 2º a conceituação da súmula de efeito vinculante tem como base um critério finalístico, ao ressaltar as suas virtudes para o ordenamento jurídico buscando evitar as desvantagens de sua adoção quando vigorar a uniformização de jurisprudência: contemplação de valores e prevenção dos malefícios. Assim destaca Mancuso (2007, p. 309):

A Súmula vinculante terá por objeto 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 acarretem *grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos* sobre questão idêntica. (Grifos do autor)

De acordo com os critérios do art. 103-A e § 1º da CF/88 conclui-se que as matérias que podem ser sumuladas não abarcam todas aquelas passíveis de julgamento perante a Corte Superior, pois apenas uma parcela delas afronta ou tem nexos com a matéria constitucional. Mancuso (2007) relembra-se do fato que até o advento da Carta de 1988 eram submetidas ao crivo do Supremo os processos envolvendo o direito federal comum que por sua vez encontram-se sumuladas no STF dentre as quais a súmula 449 envolvendo a consignação em pagamento, a de número 641 prazo em dobro para recorrer em litisconsórcio.

Outro aspecto a delimitar o objeto da súmula vinculante é o fato de diversas súmulas do Supremo encontram-se defasadas em virtude de um novo entendimento dos julgadores, ou ainda pela perda de competência por parte do STF para conhecer determinada matéria, ressaltando que o objeto da súmula deve envolver matéria que

gerou conflitos entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, que acarretem grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Com a edição da lei 11.417/2006 as súmulas que envolvem matérias defasadas perderam sua eficácia, portanto não podem gerar conflitos.

O objeto da súmula concentra-se em causas por demais debatidas, discutidas e decididas nos tribunais, chegando a um ponto onde os posicionamentos dos tribunais convergem a um consenso. Conclui-se desse modo, que as matérias que foram reiteradamente decididas de maneira uniforme, encontrando-se amadurecidas e estabilizadas, não havendo a possibilidade de uma inovação jurisprudencial mediante a apreciação de conflitos novos.

O direito adquiriu em alguns conflitos repetidamente decididos, um grau de estabilidade que quando comparado a causas novas, Muscari (1999, apud MANCUSO, 2007, p. 312) prescreveu pela impossibilidade de criação de uma súmula vinculante destacando que:

[...] a responsabilidade do cargo que ocupam e a prudência que os têm caracterizado, podemos supor que os integrantes do Supremo Tribunal Federal não irão conferir eficácia vinculante a uma primeira decisão de mérito sobre dado tema, aguardando um debate profundo, com a participação de toda a comunidade jurídica. A partir daí, quando houver jurisprudência *sedimentada* na Corte, terá lugar o efeito vinculativo. (Grifos do autor)

E ainda complementa Mancuso (2007, p. 313) ao descrever os objetivos práticos da Súmula vinculante:

[...] (i) resolver controvérsia acerca da inteireza positiva, validade e vigência da norma, assim como fixar a exegese a ser seguida, de modo a prevenir/corrigir dissídio exegético envolvendo órgãos judiciais entre si ou destes em face da administração (= a interpretação), ou, ainda, para prover acerca da coercibilidade jurídico-social da norma questionada (= a sua eficácia); (ii) dita controvérsia não pode já estar superada (à semelhança de análoga exigência antes prevista para o recurso extraordinário – Súmula 286 do STF – e hoje indicada para o recurso especial, quando fundado em dissídio jurisprudencial – Súmula 83 do STJ); (iii) a divergência sobre a interpretação do texto pode ter origem num “conflito de atribuição”, já que como tal se entende aquele onde se confrontam autoridade judicial e administrativa (CPC, art. 124; CF, art. 105, I, g), (iv) em qualquer caso, a controvérsia não pode incidir sobre questões menores (*de minimis non curat praetor*), mas deve ser de molde a pôr em risco a estabilidade de valores

sociais relevantes para a população e/ou para o Estado, tais como saúde, segurança, economia; aliás, o § 3.º do art. 543-A do CPC, inserido pela Lei 11.418/2006, presume a "repercussão geral da questão constitucional" -§ 3º do art. 102 da CF- quando o recurso extraordinário ao STF "impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal"; v) dita controvérsia deve ainda apresentar espectro bastante expandido, autorizando inferir que, em não se lhe aplicando a súmula vinculante, poderá dar-se a pulverização do conflito coletivo em plúrimas e repetitivas ações individuais (as chamadas demandas múltiplas).

Quando da adoção da súmula vinculante no Brasil diversas foram as opiniões a respeito, contrárias e a favor. Dentre os favoráveis à adoção do instituto encontra-se o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, que em 1994, à época Deputado Federal atuou como relator da revisão constitucional ocorrida naquele ano. A idéia do então Deputado seria atribuir maiores poderes para a cúpula do Judiciário brasileiro, de modo que suas decisões fossem seguidas pelas instâncias inferiores, com o intuito de não se proliferarem decisões conflitantes.

Essas eram as palavras do então deputado (1994, apud SORMANI, 2008, p. 77):

Hoje, um tribunal decide de uma maneira e um juiz, de outra. Não podemos mais suportar essas discussões intermináveis. O cidadão não pode ficar aguardando um entendimento entre juizes, ele precisa de segurança jurídica.

O jornal a Folha de S. Paulo publicou em 11.09.1994 uma reportagem envolvendo os problemas do Poder Judiciário participaram os Ministros Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Willian Patterson, então presidentes do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Dentre as medidas defendidas pelos três Ministros destaca-se a criação de um conselho administrativo para o Poder Judiciário e a adoção de um mecanismo que possibilitasse ao Supremo determinar quais causas mereceriam ser julgadas pelo tribunal. Defendiam a obrigatoriedade das decisões proferidas pelos tribunais superiores por meio de uma regra de obrigatoriedade. Precisas foram as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence (1994, apud SORMANI, 2008, p. 77):.

Hoje o que se tem é o ingresso, a cada ano, de centenas de milhares de processos idênticos. É preciso vencer essa multidão de processos ociosos. É a questão já decidida pelo Supremo Tribunal que continua a gerar milhares de processos, quando já não há mais nada a decidir. É o caso do INSS. Como alguns tribunais federais continuam a julgar em contrário à decisão do Supremo? Para esse tipo de processo multitudinário termos que chegar fatalmente à regra de força vinculante. Uma vez decidida a tese, ela se tornaria obrigatória e uma resistência seria resolvida por um processo mais rápido, como uma reclamação. Isso permitiria pensar em ter um tribunal voltado para grandes questões constitucionais.

Mello (2002, apud SORMANI, 2008) posicionou-se contrariamente à adoção do instituto por representar, as súmulas vinculantes, no plano prático, uma visão profundamente autocrática, pois desacreditava em uma sociedade conduzida por um grupo mínimo de pessoas. Pela sua posição a cúpula do Poder Judiciário converter-se-ia no grupo governante e suas decisões seriam inquestionáveis por parte do poder da administração pública, que não teria autonomia para atuar.

Para o professor Dallari (2005, apud SORMANI, 2008, p. 78) a súmula é “essencialmente antidemocrática. Está se pretendendo estabelecer a ditadura das cúpulas judiciárias no Brasil. Isto é, muito mais grave do que qualquer proposta de controle Judiciário feita até agora”.

Para o Juiz de Direito Eduardo Feld (2005, apud SORMANI, 2008) a oposição à adoção do instituto baseia-se no argumento de que a súmula vinculante consistiria em uma espécie de norma que visa atender aos anseios do mercado. Defende incisivamente sua posição argumentando que o desejo de uniformidade esconde em seu bojo o desejo de uma determinada ideologia. No seu pensar quem quer uniformizar evidente quer uniformizar a seu modo, impondo uma interpretação ao juiz ocorre uma impossibilidade ontológica: Isto se dá, pois a interpretação (determinação de sentido e alcance de uma norma) é uma atividade que não se pode separar da subsunção da norma (aplicação ao caso concreto).

A primeira (interpretação) é instrumental em relação à segunda (subsunção da norma). Conclui Feld (2005, apud SORMANI, 2008, p.79-80) afirmando que:

[...] uma vez aprovado, o dispositivo da ‘súmula vinculante’ não pode e nem deve ser respeitado por ser sob o ponto de vista **Ontológico**, uma inexistência; sob o ponto de vista **Constitucional**, uma nulidade; sob o ponto de vista **Ético**, inaceitável; sob o ponto de vista **Teleológico**, uma

tentativa de reinstalar a ditadura no país, agora sob uma nova roupagem e nova direção. (Grifos do autor)

Retirando-se a atividade interpretativa do magistrado, o alcance da norma ficaria adstrito ao posicionamento dos tribunais superiores, que, por não terem uma adequada identidade com a causa, pois não participaram da colheita de provas, da oitiva de testemunhas poderiam não decidir adequadamente a demanda. O papel do magistrado de primeiro grau, assim, restringir-se-ia a averiguar se haveria uma súmula que decidisse o caso, não buscaria a norma geral editada pelo legislativo.

Essa atitude desfiguraria a atividade jurisdicional: não haveria a subsunção dos fatos à norma geral, mas a repetições de sentenças que abordaram casos análogos, desconfigurando a teoria tridimensional do direito, onde a norma é aplicada aos fatos mediante a valoração do magistrado; e retiraria a independência do magistrado no exercício de suas funções, garantida no artigo 96 da Constituição.

3.2 As funções típicas e atípicas dos poderes de acordo com a EC 45/04

Em uma democracia consolidada a estrutura das funções estatais é essencial para a garantia das liberdades individuais, contribuindo consideravelmente com o funcionamento do Estado. Qualquer tentativa de violar a separação das funções, por meio do engrandecimento de uma em detrimento das outras é visto como um atentado à ordem jurídica. Este problema é nítido na história brasileira, notadamente pelo engrandecimento do Poder Executivo outrora por meio de governos ditatoriais, seja por avocação das funções do Poder Legislativo através do elevado número de medidas provisórias editadas. A súmula vinculante retiraria mais funções do Poder Legislativo entregando-as ao Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal.

Em virtude da necessidade de equilíbrio entre as funções de Estado, Montesquieu demonstrou na sua obra *O espírito das leis*, a necessidade de controles recíprocos, chamado de *checks and balances*, por meio dos quais uma função poderia interferir na atividade das demais em situações previstas legalmente com o intuito de preservar as liberdades individuais. Na Inglaterra do século XVIII, percebe-se claramente a existência desses mecanismos de controle pela existência

de duas Câmaras, Alta e Baixa, a primeira representando os nobres e a outra, o povo.

O Reforço conferido ao bicameralismo é considerado pelo autor como pressuposto do equilíbrio de poderes, e justifica, pois, (MONTESQUIEU, 2003, p. 169):

[...] há, em um Estado, indivíduos que se distinguem pelo nascimento, pelas riquezas, ou pelas honras; mas, se eles se confundissem com o povo e só tivessem direito a um voto, como os outros, a liberdade comum seria a sua escravidão, e eles não teriam nenhum interesse em defendê-la, já que a maioria das resoluções seriam contrárias a eles. Sua participação na legislação, portanto, dever ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado; e é o que ocorrerá se eles formarem um corpo que tenha o direito de impedir os empreendimentos do povo, tal como o povo tem o direito de impedir os deles.

O enfoque naturalmente poderia recair sobre as funções do Legislativo e Judiciário conforme o estabelecido pela Constituição de 1988 e pela Emenda Constitucional 45/04.

O Poder Legislativo exerce controle sobre as atividades do Judiciário quando delibera, sobre as proposituras legislativas de iniciativa do segundo, nos termos do caput do artigo 48 da CF. Outro importante instrumento de controle do Poder Legislativo, que também pode recair sobre o Poder Judiciário é o controle de fiscalização exercido através das Comissões Parlamentares de Inquérito, previsto no § 3º do art. 58 da CF⁶.

O exemplo de controle exercido pelo Poder Judiciário em relação aos atos normativos produzidos pelo Legislativo a se destacar é o controle da constitucionalidade das leis produzidas. Aqui o Poder Judiciário, no exercício de sua função típica retira do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a Constituição. Realizado pelo Supremo Tribunal Federal tem como finalidade a exclusão do ordenamento jurídico de atos incompatíveis com o texto constitucional,

⁶ Art. 53, § 3º da CF. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos internos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

o referido tribunal decreta a nulidade de todos os atos praticados pelo Poder Público embasados no ato inconstitucional. O controle da constitucionalidade experimenta importante incremento com a Carta de 1988, através da previsão do controle concentrado (via de ação) de constitucionalidade (art. 102, I, "a", ação direta de inconstitucionalidade – ADIN – e a ação declaratória de constitucionalidade – ADECON; § 1º, a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF; art. 103, § 2º, ADIN por omissão).

O artigo 102-A da CF/88 incrementou esse rol com a possibilidade de edição de súmula de efeito vinculante, nas possibilidades antes citadas. A possibilidade da deflagração do processo legislativo especificamente pelo Supremo (arts. 93 e 96, II da CF/88) é outra função atípica do Judiciário que limita o alcance da produção normativa do Legislativo.

Um dos argumentos de maior veemência levantados contra o instituto da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro é que se trata de uma afronta ao princípio da separação dos poderes de Estado presentes no art. 2º e 60, § 4º da Constituição. Com a edição da súmula o Poder Judiciário por meio da ação do pleno do Supremo Tribunal estaria legislando ao editar normas de caráter geral, ao invés de aplicar o direito a um caso concreto. Estaria assim, atuando na competência do Poder Legislativo.

De acordo com os insurgentes a súmula vinculante aprovada guarda todos os aspectos de uma norma geral e abstrata, assim (SORMANI, 2008, p. 87):

[...] configuraria verdadeira usurpação da função típica de legislar, própria do Poder Legislativo. Ademais, na medida em que a súmula aprovada é o produto final de interpretação e aplicação a respeito de lei já promulgada, investe-se a mesma de caracteres de "superlei", configurando uma verdadeira superposição de poderes, na qual o STF ostentaria posição superior até mesmo em relação ao Poder Legislativo. Isso, segundo os detratores da súmula, implicaria a indevida concentração de poder na cúpula do Judiciário, o que acabaria culminando em uma verdadeira "ditadura judiciária". (Grifos do autos)

Sob essa perspectiva a súmula vinculante seria uma norma de caráter geral nos mesmos moldes daquelas elaboradas pelo Parlamento, porém já maturadas ao serem elaboradas, pois resultaria da continuidade de um posicionamento dos tribunais ao emanarem decisões, sendo um substrato da aplicação das normas ao

caso concreto. As normas legisladas são produzidas a partir da evolução dos fatos sociais, numa tentativa de regulamentar situações ainda não normatizadas.

Na visão Gomes (1994, apud SORMANI, 2008) a súmula vinculante contraria o princípio da separação das funções, na medida em que o Judiciário não tem a função de elaborar, ditar normas gerais e abstratas, com validade universal, pois falta-lhe legitimidade democrática. Percebe-se nas palavras do autor que as normas para serem legítimas necessitam ser elaboradas pelos representantes populares legitimamente eleitos. Os magistrados chegam ao posto por meio de concurso público, não passam pelo crivo popular, portanto as normas provindas dos tribunais seriam ilegítimas.

Sulzbach (apud SORMANI, 2008, p. 87-88) opina:

Materializando a interpretação obrigatória que deve ser dada à lei, a súmula com efeito vinculante gera efeito que nem a própria lei provinda do Parlamento tem capacidade de produzir. Torna-se uma superlei, concentrando no Judiciário poderes jamais concedidos sequer ao poder constituinte originário, o qual não pode impor interpretação obrigatória às normas que disciplinam as relações sociais. A possibilidade de edição de súmulas com efeito vinculante pelos tribunais de cúpula significa atribuir a esses a competência de cassação e afirmação das normas, com evidente fragilização do Poder Legislativo e, acima de tudo, subtração de sua prerrogativa formal de legislar. Trata-se, ao nosso ver, de sucedâneo de Medida Provisória e, portanto, é mais uma forma de usurpação das funções legislativas do Congresso Nacional.

De acordo com Souza (2008) a rigidez conferida ao princípio da separação das funções adveio da Revolução Francesa. Tratava-se de uma vitória ideológica de Rousseau na defesa da independência do Poder Legislativo, baseada na liberdade dos representantes do povo soberano em editar leis sem a interferência do Poder Executivo. Aos juízes restaria a aplicação passiva, seca e inanimada da lei.

Hodiernamente ao combater a súmula, os opositores do instituto afirmam que as funções do Legislativo foram usurpadas por Ministros indicados pelo Poder Executivo conforme o estabelecido no art. 84, XIV da Constituição Federal exercendo a função de parlamentar ao editar normas gerais. O Supremo agiria em conformidade com os interesses políticos do Executivo, portanto seria um órgão eminentemente político, exercendo funções que não lhes seriam próprias.

Sob a perspectiva moderna a separação das funções baseia-se numa nova concepção, o constitucionalismo renovado, o qual se distanciou de conceitos rígidos da "*séparation des pouvoirs*". Souza (2008) destaca que o constitucionalismo presente no Brasil abarca diversos exemplos dessa flexibilização, onde funções típicas de um poder são exercidas por outro poder. O controle de constitucionalidade concentrado e em tese aproxima-se de uma atividade típica do Legislativo, porém com efeito negativo.

Concentrando as atenções no princípio constitucional fundamental presente no Título I da Carta Constitucional no artigo 2º lê-se que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. E ainda mais adiante no artigo 60, § 4º há uma menção da importância de tal princípio vedando qualquer proposta de deliberação tendente a abolir a separação das funções estatais.

Contudo, a separação das funções não foi eliminada e sim implementou-se um mecanismo que enfatizou o papel do STF, pois este é responsável por proclamar a última palavra sobre matéria constitucional. Acertadamente suas decisões devem ser obedecidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta. Uma matéria decidida por uma Corte encarregada de realizar tal, não deve ser discutida.

O texto constitucional conferiu a cada um dos Poderes funções específicas, porém como se destacou no primeiro capítulo desse trabalho não lhe foi delegada uma função exclusiva. Fala-se, de acordo com Sormani (2008) em função de maior destaque que o distingue claramente dos demais por ser precípua. Data vênua cabe ao Legislativo precipuamente elaborar as leis (função normativa), o Poder Executivo incumbiu-se de executar as referidas leis, praticar atos de natureza gerencial e administrativa (função administrativa). Por sua vez, coube ao Poder Judiciário aplicar as leis a situações concretas, pondo termo às lides (função jurisdicional).

Como frisado as funções típicas de um poder são exercidas amiúde pelos outros poderes dessa forma não se deve mencioná-las como exclusivas. O Legislativo e o Judiciário exercem funções típicas do Executivo. Claramente nota-se a flexibilidade da separação dos poderes quando da edição de medidas provisórias com força de lei pelo Poder Executivo, este exerce uma função do Legislativo, qual seja de editar normas de caráter geral.

O artigo 2º da CF/88 anteriormente citado prevê a independência e a harmonia entre os poderes estatais. No entender de José Afonso da Silva (2002, p. 110) a independência baseia-se no fato de:

[...] (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Dessa forma pode-se concluir que a divisão de funções entre os órgãos do poder e a sua independência não são absolutas. O sistema de freios e contrapesos é essencial para a busca do equilíbrio necessário, dos anseios sociais e indispensável para evitar o engrandecimento de uma função em prejuízo da outra e por conseqüência o arbítrio e o desmando de uma função em prejuízo da outra e especialmente em prejuízo dos governados.

A separação rígida das funções estatais defendida por Montesquieu (2003), derivou de um momento histórico em que a separação de poderes funcionaria como um antídoto para a concentração funções. As forças sociais clamavam por mecanismos que permitissem o equilíbrio entre os poderes, com um claro intuito: preservar a liberdade civil; esta necessidade redundou nos *cheks and balences* do sistema americano, adotado posteriormente pelo Brasil na Constituição de 1988, por meio deste há um controle recíproco entre os órgãos e os agentes estatais. A idéia presente na Carta de 1988 previu a colaboração e a interação entre as funções, de acordo com o constituinte a rígida separação entre as mesmas inviabilizaria o funcionamento do Estado.

Sormani (2008) destaca que o almejado equilíbrio entre as funções encontra dificuldades na adoção dos mecanismos adequados. Em democracias recentes como a brasileira é rotina a tentativa de sobreposição de uma função em relação às outras. Amiúde há tentativas de domínio do Legislativo e do Judiciário por parte do Executivo quando se verifica agentes políticos aliados do governo usando de expedientes ilegais ou imorais para a obtenção de uma maioria tendente a aprovar projetos e emendas constitucionais enviados ao Congresso Nacional.

São anormalidades e por isso exigem mecanismos de controle permanentes, eficazes e constantemente aperfeiçoados na medida em que proporcionam o equilíbrio e harmonia entre as funções, evitando a supremacia de uma sobre as demais. De acordo com Sormani (2008) a adoção da súmula não nasceu de uma arbitrariedade.

O procedimento legislativo que inseriu a súmula de efeito vinculante acertadamente escolhido fora a Emenda à Constituição, dessa forma ampliou-se o efeito das súmulas. De acordo com Mancuso (2007) não se reduz à matéria processual (competência legislativa da União – CF, art. 22, I); e sim em uma mudança em nossa estrutura jurídico-política, onde há o primado da norma legal da qual nascem as obrigações entre os cidadãos e entre esses e o Estado previsto no artigo 5º, II, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. A Constituição firmou a norma legislada como padrão de conduta obrigatório, geral, abstrato e impessoal, então por simetria e paridade da forma, o poder constituinte derivado é que poderia alterar esse registro político-jurídico.

O Ministro do STF Celso de Mello, José Frederico Marques e José Carlos Moreira Barbosa de acordo com Mancuso (2007) filiam-se a tese de que súmulas e os precedentes desprovidos de força legislativa configuram-se como mecanismos de uniformização de jurisprudência, aos quais juizes e tribunais não se encontram adstritos. Uma ligação tal como prevista só poderia advir da esfera constitucional.

O Supremo sempre emitiu posicionamentos que serviram de parâmetro para os outros tribunais, apesar de apenas serem persuasivos, não tendo o condão de influenciar legalmente os demais órgãos do Judiciário e a Administração Pública gerava atuações dissonantes, controversas. A súmula de efeito vinculante produziria atuações sincronizadas por parte do poder público.

Em outros textos normativos o legislador reforçou o trabalho dos tribunais. O Código de Processo Civil ao prever no art. 476 o incidente de uniformização de jurisprudência por meio do qual se almeja a certeza do direito a ser aplicado e a homogeneidade da jurisprudência. Estabelece-se por meio deste procedimento uma interpretação a ser seguida. Trata-se de um posicionamento legal similar do legislador que reforçou o papel do Judiciário, e nem por isso recebeu as mesmas críticas da doutrina, que afrontou a separação das funções estatais.

3.3 A súmula como Fonte de Obrigações

Cabe ao Poder Judiciário dentro de sua função precípua prestar a jurisdição, elucidar as partes os seus direitos dirimindo assim, conflitos de interesse. De acordo com a nossa tradição romanista, ao Judiciário coube interpretar as leis. O artigo 102, *caput* da Constituição elenca como função do Supremo Tribunal Federal guardar a Constituição sendo seu dever atribuir à interpretação final e oficial das normas. Dessa forma atribui-se ao STF a posicionar determinada lei ou ato normativo como válido ou não perante a Constituição.

Para o ex-Ministro do STF Evandro Lins e Silva (1996, apud SORMANI, 2008, p. 94) “parece lógico e óbvio que não apenas as Súmulas, como também as decisões do Supremo, em tema constitucional, têm efeito vinculante. A Constituição é o que a Corte Suprema diz que ela é”.

E do mesmo modo elucidada Sormani (2008, p. 94):

Ora, interpretar uma lei ou um ato normativo de qualquer ordem não equivale a *produzir* lei ou ato normativo. Vale aqui rememorar a divisão entre *norma jurídica* e *proposição jurídica*. A **norma jurídica**, como produto de atividade legisferante, é de natureza prescritiva, já que faz a imputação de uma determinada consequência a uma dada hipótese. Ao intérprete, por outro lado, cabe descrever essas normas jurídicas, emitindo **proposição jurídica**. (Grifos do autor)

De acordo com o enunciado aplicando a lei a um caso concreto emite-se uma proposição jurídica, reconstrói o ordenamento em conformidade com a realidade social. A norma sai de uma situação estática, onde não pode irradiar efeitos e passa a compor a realidade social, por meio da interpretação o magistrado concede às normas organicidade, um entendimento afinado com o ordenamento jurídico. Do Legislativo emanam comandos abstratos que no sentido literal e visto isolado pode ser mal entendido; a interpretação dar-lhe-á a forma final para ser bem compreendida.

Importantes as palavras do Min. Celso de Mello (apud SORMANI, 2008, p. 95):

O ordenamento normativo nada mais é senão a própria interpretação, **notadamente** quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota de definitividade. - A **interpretação**, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objeto definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. **Em uma palavra**: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juizes e Tribunais – **não importa** em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. (RE 250.279/SC – Santa Catarina – Rel. Min. Celso de Mello) (Grifos do autor).

Antes da inserção da súmula no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência poderia ser examinada como meio suplementar de integração do direito, uma fonte mediata do direito observada quando não houvesse uma hipótese legal para o fato. Mesmo sendo resultado do entendimento sedimentado de um Tribunal, produzido por um quórum qualificado (CPC, art. 479) não seria impositiva para casos análogos. Sua função resumia-se a um meio de esclarecimento do direito que facilitam a atividade interpretativa do magistrado.

Sem o caráter vinculante a jurisprudência é impositiva em duas direções: para o tribunal que a emitiu e em face do incidente de uniformização de jurisprudência para o caso em que fora suscitado (CPC, art. 479). Para situações diversas a súmula teria apenas caráter persuasivo.

De acordo Greco Filho (2006, p. 395) o incidente de uniformização de jurisprudência conferiu a súmula apenas força relativa:

Ele tem força vinculante para o caso concreto cujo julgamento está em curso, porque o processo, voltando à câmara, turma ou grupo de câmaras para aplicar a lei ao caso concreto, só pode seguir o entendimento fixado pelo pleno, mas para os casos futuros terá apenas a autoridade de uma decisão já tomada e divulgada pelo órgão mais elevado do Tribunal. Alguns Regimentos Internos de Tribunais permitem que o relator de certos recursos os rejeitem liminarmente se contrariarem jurisprudência sumulada, o que, também, dá força à uniformização.

Streck (1998, apud MANCUSO, 2007, p. 316) reconhece a força das súmulas no direito brasileiro admitindo que se atribui:

[...] um caráter quase normativo à jurisprudência contida na súmula, entendendo-a obrigatória para todos os juizes e tribunais do país. Explicam que, constituindo o STF (e acrescentaria o STJ) os mais altos sodalícios da justiça brasileira e sendo suas decisões, conseqüentemente e respectivamente, irreformáveis por outro tribunal, não se pode conceber que os juizes de primeiro grau e outros tribunais julguem à revelia das proposições constantes na súmula. Em face da autoridade que a Constituição outorga ao Supremo (e ao STJ), não dar força de lei à jurisprudência dominante firmada em Súmula seria afrontar sua soberania, reconhecer a imperfeição do Poder Judiciário e finalmente impedir a certeza jurídica.

O advento da súmula vinculante no ordenamento brasileiro alterou em profundidade o contexto jurídico-político, na medida em que não se restringiu a mera mudança processual, o paradigma regulador das relações presentes e futuras baseia-se não apenas na norma legal como também os extratos de jurisprudência dominante, precisamente a súmula vinculante. De acordo com Mancuso (2007) os efeitos da súmula vinculante não se restringem às relações processuais, reconhece o autor o efeito preventivo geral insurgente na sociedade, que ficará ciente dos enunciados dos tribunais por intermédio dos operadores do Direito, influenciando, condicionado comportamentos.

Assim dispõe a súmula 684 do STF de enunciado: “É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” caso reforçada com efeito vinculante condicionaria a Comissão de Concursos e os candidatos ficariam sujeitos ao referido enunciado passando a ter um direito público subjetivo como destaca Mancuso (2007), na medida em que a autoridade competente obrigar-se-ia a efetivá-los sob pena de nulidade do ato (art. 103-A, § 3º da CF). Por sua vez, a autoridade competente passará a observar tais condições em virtude de pesadas sanções em caso de descumprimento (art. 64-B da Lei 9.784/99 inserido pelo art. 9º da Lei 11.417/2006).

No caso da súmula 668 do STF, para os casos de IPTU⁷ cobrado por alíquota progressiva ser inconstitucional se instituído em período anterior a EC 29/2000 e se não for preordenado ao cumprimento da função social da propriedade urbana; caso convertida em efeito vinculante desestimularia o ajuizamento de ações de repetição de indébito de pretensões contrárias ao enunciado da referida súmula. Mancuso

⁷ Imposto Predial Territorial Urbano.

(2007) ainda acrescenta que a referida ação careceria de possibilidade jurídica do pedido. O art. 518, § 1º do CPC autorizaria ao juiz confirmar a sentença e não receber a apelação.

A Administração Pública pauta a sua atuação em diversos textos legais baseados em enunciados presentes em súmulas de jurisprudência dominante ou de tribunais superiores a exemplo da Lei Complementar Federal 73/93 que em seu art. 4º autorizou ao Advogado Geral da União a editar enunciados de súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais. Com base nos enunciados de súmulas a referida autoridade poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Quando o STF edita súmulas vinculantes irradia suas decisões como obrigatórias para a Administração Pública, supera-se as posições tradicionais do Judiciário, qual seja atuar como instância de substituição (art. 2º do CPC, responde a evocação das partes) e influi, condiciona as ações do Poder Executivo órgão que atua de ofício. Dessa forma a súmula vinculante modifica a atuação dos agentes estatais perante a Administração e entre esta e os cidadãos em geral.

A respeito do caráter vinculante das súmulas Jansen (2005, apud MANCUSO, 2007, p.321) expõe a seguinte situação:

Caso uma súmula vinculante prescrevesse que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa (Súmula 670 do STF), o contribuinte poderia, em caso de cobrança efetuada pelo fisco, recorrer ao Poder Judiciário para não pagá-la, tal como faria se uma lei o dissesse, com a vantagem de poder, diretamente, fazer uso de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (vinculação direta)

A Emenda Constitucional 45/04 ao prever a hipótese de edição de súmulas vinculantes em matéria constitucional mudou para a esse ramo do Direito Público a posição da jurisprudência como fonte do direito ao prever que a tese jurídica sumulada não poderia ser questionada. Isso porque ao aplicar as normas jurídicas alguns Tribunais e magistrados poderiam entender que determinado mandamento seria inconstitucional e nas suas fundamentações esclarecer o seu entendimento.

Uma tese jurídica sumulada pelo Supremo não admite discussão a respeito de sua posição no ordenamento jurídico estabelecendo em quais casos será

observada obrigatoriamente. Emitindo a súmula concede as normas jurídicas sob juízo uma interpretação uníssona permitindo previsibilidade nos enunciados dos Tribunais e desestimulando o número infundo de recursos devido à previsibilidade do provimento final.

Quanto à posição da Administração Pública esta continuaria pautada na legalidade, por ser a súmula um substrato do entendimento da própria lei. Ao ser analisada deve-se entendê-la como expressão de um ato normativo anterior e não uma nova norma. Por qualquer dos citados anteriormente resta o instrumento de reclamação, uma ação autônoma por meio da qual se pode requerer ao STF o cumprimento de uma sentença judicial. São considerados legitimados para propor a ação qualquer indivíduo que venha a ser afetado em sua esfera jurídica por decisões de magistrados ou tribunais contrárias às decisões com efeito vinculante tomadas pelo Supremo.

3.4 A coexistência entre a súmula e a lei

Da leitura do art. 5º, II da Constituição Federal retira-se a observação relevante de que na organização jurisdicional brasileira somente à lei tem força coercitiva. Assim, de acordo com os defensores dessa corrente a súmula vinculante não teria igual atributo. As súmulas não se equiparam às leis, pois estas se configuram como comando normativo formal, genérico e abstrato oriundos de poderes constitucionalmente constituídos e guardam na sua essência um elemento histórico do qual não pode se dissociar.

Ao contrário da lei, a súmula não é produto da deliberação do Legislativo, não se constituindo em expressão da soberania, não se poderia atribuir tal intento. A súmula constitui-se em uma interpretação cristalizada do Judiciário atribuída a uma lei, em virtude da repetição. Trata-se de uma suposição da própria lei. Por meio da atividade cognitiva o juiz dá o alcance aos efeitos da norma, a qual se encontra limitado. De acordo com Silva (2004) o legislador ao contrário possui a vastidão que compõe a sociedade humana, devendo, contudo respeitar os limites conferidos pela Constituição: os direitos humanos, os direitos do cidadão.

Diante da liberdade conferida ao legislador há uma imensidão de fatos sociais, escolhidos por conveniência política tendo por base os anseios da população, cabe, portanto ao legislador fazer das aspirações sociais comandos normativos. Uma vez produzida pelo parlamento a norma genérica, abstrata e soberana pode realizar a função para qual fora criada, regular a vida social quando aplicada aos casos concretos dirimindo conflitos; por meio da aplicação do magistrado, ampliando ou restringindo os efeitos da norma, de qualquer forma o magistrado modifica a norma, caso contrário (semântica igual à norma) esta seria apenas redundante.

A modificação observada por Silva (2004) conduz a limites existentes na realidade normativo-semântica. A criação da jurisprudência confirma a própria lei, portanto não pode ab-rogá-la, nesse caso tornar-se-ia ilegal e inepta a servir de orientação para os demais magistrados.

A jurisprudência é uma fonte inferior à lei e como tal dever ser entendida, também obriga, mas não com a mesma intensidade. O juiz pode transformar, contudo não pode modificar a própria lei. Consoante Silva (2004) a jurisprudência ao criar matéria nova, configura-se em uma violação, caberia aos tribunais superiores corrigir os excessos, pois o papel criador do direito não cabe ao magistrado.

É nítida a posição de dependência da súmula em relação à lei. Da interpretação de um comando normativo geral, abstrato retira-se a solução para o caso concreto em discussão. A lei quando produzida é produto um histórico que se materializa verbalmente mediante atividade legislativa de um parlamento que por mais que se discuta é o representante popular. A súmula é produto da reflexão de uma elite que compõe os Tribunais Superiores, que não guardam relação mínima de representação popular. A Constituição brasileira não prevê regras para escolha de Ministros que comporão nossas cortes superiores por critérios de região ou Estado-membro. Em virtude disso, não poderia produzir normas gerais.

Por outro aspecto, o campo de atuação do Supremo seria restrito ao elaborado pelo Legislativo que ao contrário possui amplo campo de atuação, esbarra na proibição de modificar as cláusulas pétreas, que não podem ser suprimidas, por exemplo, o art. 5º do Texto Constitucional vigente não pode ser objeto de deliberação que objetive restringir ou suprimir os direitos previstos. Por outro lado, uma súmula pode perder sua razão de ser, caso o Congresso Nacional modifique ou derroque a norma que originou os casos que ensejaram a elaboração da súmula.

Quando estabilizada, a jurisprudência é um parâmetro para casos análogos, obedecidos os critérios do caso anterior. Larenz (1983, apud SILVA, 2004) afirma que o juiz ao solucionar um determinado caso convenientemente influencia futuros julgamentos. Ao generalizar-se a jurisprudência serve melhor aos anseios da justiça, conferindo segurança jurídica na certeza de que saberá como um tribunal apreciará determinado caso.

A súmula é um produto natural de um processo pelo qual o tribunal previne distorções nos julgamentos de causas das quais detém competência recursal, por meio da edição de enunciados normativos a serem observados na resolução de casos semelhantes. Desta feita prevê um resultado de algumas demandas desestimulando os recursos.

No entendimento de Mancuso (2007) tem-se como a favor da eficácia da súmula vinculante o fato de que a norma legal surge de uma interpretação prévia (a norma legal deve ser clara e precisa), a interpretação da súmula surge de um processo de decantação de julgamentos semelhantes de um mesmo tema. Dois pontos merecem destaque: o magistrado deve entender a extensão do enunciado e averiguar se a súmula se aplica ao caso sob análise.

A formação das normas pressupõe a aferição das fontes substanciais, de natureza econômica, social, política, cultural; a súmula apenas tem em seu alcance uma determinada matéria, que uma vez consubstanciada pode ser aplicada a casos semelhantes. A formação da norma e da súmula guardam conexão: o processo lógico-dedutivo, que desce do geral (o enunciado, normativo ou sumulado) para o caso particular resolvendo a espécie.

Ao analisar minuciosamente a função da súmula Mancuso (2007, p. 324) afirma que:

[...] o direito sumular não existe para exacerbar a função judicante, mas para colocar parâmetros seguros, que impeçam o arbítrio e a injustiça ocorrentes quando respostas discrepantes são dadas a casos substancialmente análogos. Nesse sentido, Leonardo D. Moreira Lima colaciona a doutrina de John P. Dawson, onde este esclarece que “a compulsão para que o precedente seja respeitado e seguido é, na sua essência, um meio de limitação de poder. Significa que uma Corte não pode julgar um caso obedecendo a tendência do momento, sem primeiramente agir em coerência com as decisões judiciais que antecederam aquele caso. Assim, pois, uma decisão do passado, cujas decisões foram expostas, deve ser aplicada em casos similares e futuros onde caibam as mesmas razões, e somente novas e persuasivas razões poderão ditar uma decisão que não

seja similar às decisões antecedentes. Parece-nos ser este um meio de evitar arbitrariedades, que deve ser um dos principais objetivos de todo o sistema jurídico.

Percebe-se que desse modo que a súmula pelo fato de possuir efeito *erga omnes* perante o Estado e os jurisdicionados, exige do Tribunal cautela na sua formulação, redação e emissão para não se transformar em obstáculo para a atividade jurisdicional. Justifica o cuidado extremo pela sua origem (é antes de mais nada um consenso entre magistrados, que passaram por concurso público ou ascenderam pelo quinto constitucional). A norma ao contrário é produto da atividade de políticos que detém mandato eletivo, representantes populares conforme art. 1º, parágrafo único da CF/88.

A atividade judicante dos magistrados com a EC 45/04 está acompanhada de funções para prescrever entendimentos pan-procesuais a serem seguidos em determinadas matérias. Marco Antonio de Barros (1996, apud MANCUSO, 2007) explica que a súmula não possui predicativos para ser aplicada ao caso privado puro, a essência daquela é genérica e repetido das lides já postas em juízo, visa dirimir coletivamente de conflitos.

A súmula teria competência de solucionar conflitos coletivos que tem por base teses de Direito, reiteradamente decididas pelos Tribunais Superiores, por exemplo, as causas que objetivam a devolução de empréstimos compulsórios, cálculo de contribuições para o INSS para efeito de aposentadoria, dentre outros. O STF com esse instrumento poderia dedicar-se a questões relevantes e cumprir a sua função constitucional de guarda da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Moderno produto de uma ordem jurídica que visou à correta relação entre os indivíduos em um mesmo espaço territorial tem o poder soberano repartido em três esferas como um princípio basilar que seguramente preservou as liberdades individuais conquistadas com a queda do regime monárquico na França. A consolidação dos direitos individuais dos cidadãos perante o Estado necessitava de uma mudança estrutural na forma de se conceber a organização das funções de Estado, em três esferas: Legislativa, Executiva e Judiciária, como analisado anteriormente.

Ao analisar a estrutura do poder nos Estados, em particular o brasileiro; viu-se a organização das funções do Estado na ordem constitucional a partir de 1988, com a definição de funções típicas e atípicas que conferem um contorno diferenciado a cada poder, adotando de forma expressa as idéias de Montesquieu que previu uma sociedade livre quando o poder não se encontra concentrado em uma figura singular, seja monarca ou ditador. O poder demonstrou-se tripartido em esferas especializadas em determinadas funções: Legislativo legisla e fiscaliza, o executivo administra a coisa pública e o Judiciário compõe os litígios; dessa feita chegaria a uma atividade estatal mais coesa e facilmente lograria seus objetivos.

Considera-se um Estado estático aquele onde as funções são exercidas isoladamente, algo fatal para seu funcionamento, pois não haveria cooperação, sincronismo. Viu-se que as democracias existem devido ao perfeito sincronismo entre as funções estatais, pois trabalham conjuntamente em benefício da ordem social e dos interesses da sociedade. O apoderamento das funções de um poder pelo outro redundaria no fim do próprio Estado, pois o poder, um dos três elementos do Estado, não serviria aos interesses da população. O poder nas mãos de poucos, de um grupo social economicamente favorecido pode ser compreendido como o término de um Estado na visão contemporânea e um retorno ao sistema feudal, onde o senhor proclamava a vida e a morte de seus servos.

Nessa esteira de considerações, analisou-se a importância do sistema de freios e contrapesos, por meio do qual os poderes teriam a função de fiscalizar a atividade de um de outro. É pressuposto para que se evite o engrandecimento de um poder por meio da avocação das funções dos outros, assegurando as liberdades

de seus nacionais. Para tal fim o Legislativo deve guardar independência, principalmente em relação ao Executivo, que historicamente hipertrofiou-se às suas custas.

Por outro lado, o Judiciário, Ministério Público e advogados atuantes afiguraram-se como ponto de equilíbrio por meio do controle sobre a legalidade dos atos elaborados pelo Legislativo e ações do Executivo. Os conflitos entre os cidadãos e destes perante o Estado viu-se que devem ser solucionados com celeridade e justiça. A lentidão e a injustiça são palavras e atos que devem ser expurgados de uma ordem constitucional.

Os institutos do *common law* e *civil law* foram abordados a partir das suas fontes, o costume e a lei, e os mecanismos responsáveis por findar com as diferenças entre os pronunciamentos judiciais. Verificou-se também as diferenças entre os dois sistemas de pronunciar o direito. Em virtude da fragmentação do poder nas sociedades inglesas na Idade Média notou-se que o poder jurisdicional teve igual destino. Assim, com o desenvolvimento do direito e o fortalecimento de um poder central, houve a necessidade de uniformizar o direito comum, ou melhor: conferir as decisões baseadas nos costumes uniformidade, de forma que evitasse decisões contraditórias. Tal intuito ocorreu como o *equity* com a obediência forçada sob pena de prisão.

Apesar desse modo um tanto bárbaro de uniformizar a jurisprudência, tratou-se de um avanço, as decisões contraditórias envolvendo bem jurídicos semelhantes ocasionariam um descontentamento perante o Judiciário e também seu descrédito. O objetivo central desse trabalho foi analisar a súmula de efeito vinculante, que é produto do direito americano que busca vincular as demais instâncias do Judiciário as decisões da Suprema Corte em matéria constitucional, que conforme o abordado, não seria mais passível de discussão, bem como sua incorporação pela ordem jurídica brasileira e as possíveis mudanças de papel na separação das funções estatais.

A preocupação dos opositores do instituto consistia na força normativa de um pronunciamento judicial, que para alguns permaneceria acima da própria lei.

O legislador brasileiro historicamente viu-se diante de situações de engessamento do Poder Judiciário devido ao elevado número de processos, e essa preocupação foi demonstrada pelos inúmeros mecanismos legais que procuraram conceder a jurisprudência caráter normativo perante os tribunais, não tendo condão

de criar obrigações entre os cidadãos. Esses instrumentos foram citados e esmiuçados, como os Assentos da casa de Suplicação, os recursos de revista e extraordinário do Código de Processo Civil de 1939.

No que tange a matéria constitucional, o efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade veio a atender aos anseios do Supremo, que se encontrava diante de inúmeros processos que anualmente ingressam no tribunal e aguardam julgamento, ressaltou a posição do Supremo na interpretação adequada de um mandamento constitucional válido a ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

A Emenda Constitucional 45/04 constituiu o ponto de partida para a análise da introdução da súmula de efeito vinculante na competência do Supremo de acordo com a nova redação do artigo 103-A da Constituição.

Os defensores da adoção da súmula no ordenamento jurídico brasileiro de forma coerente defenderam desde o princípio a sua adoção por ser um instrumento processual válido para diminuir o número de processos a serem julgados pelo STF. De acordo com os argumentos apresentados constatou-se que as matérias a serem sumuladas deveriam ser reiteradamente decididas, de forma que não caberiam mais discussões. O posicionamento do Tribunal revelará maturidade, não sendo por isso produto de um momento isolado.

A obrigatoriedade da súmula perante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios; fora erroneamente confundida com uma norma provinda do Legislativo, por isso falou-se na interferência do Judiciário no processo de elaboração das normas.

Como discutido a súmula e a lei guardam profundas diferenças quanto ao alcance e ao objeto, conclui-se que a súmula sempre estaria em busca do sentido almejado pelo legislador, objetivava esta esclarecer os comandos normativos visando à correta aplicação, seja na resolução de litígios ou na prestação de serviços à população por intermédio da administração, a qual sempre se pauta na legalidade.

A edição da súmula é uma atividade típica do Poder Judiciário de competência do Supremo, nada mais é do que os casos expressos em que determinado ato normativo deve produzir efeitos. Por meio desta o julgador alarga

ou estreita o alcance da norma, trabalho em conformidade com as suas atribuições constitucionais, em harmonia com o Legislativo, portanto não houve usurpação de função. Essa postura reafirma o pensamento de Montesquieu quando sugere poderes independentes e harmônicos entre si.

Ao delimitar o alcance das normas ou as declara inconstitucionais está pondo na prática o instituto do *checks and balances* (freios e contrapesos) por ser da competência do Judiciário zelar pela legalidade das normas, resguardando os direitos dos cidadãos preservando a segurança jurídica. A administração deve ter um comportamento previsível, a súmula resguardaria essa atitude por parte do administrador.

Percebeu-se por meio das discussões apresentadas a postura a ser esperada por parte do poder público, pautada na legalidade e previsível. Um Judiciário proferindo decisões contraditórias ofende ao principio da isonomia e germina na população um sentimento de injustiça e descrédito é um desrespeito à população o mesmo pode-se de uma máquina judiciária lenta.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, José Jobson de A.; PILETTI, Nelson. *Toda a história: História Geral e História do Brasil*. 11 ed. 5 reimp. São Paulo: Ática, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 34 ed. São Paulo: globo, 1998.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2006: Breve análise do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

_____. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. Organizador: Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 8 ed. Ver. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Supremo Tribunal Nacional. *Estatística processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 mai. 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 4 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DAVID, René. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão; revisão Isabella Soares Micali. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006..

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. – 6 ed. ver. e atual. – Barueri, SP: Manole, 2007.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24 ed. Bauru, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondier. *O espírito das leis*. Introdução tradução de notas de Pedro Vieira Mota. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. *As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula Vinculante*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, 3 reimp. Curitiba: Juruá, 2008.