ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado

Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

EFEITO VINCULANTE: PRESSUPOSTOS PARA A SUA COMPREENSÃO E APLICAÇÃO

Renato Rodrigues Gomes
Mestre em Direito Público (UERJ).

1. Introdução

Quase que diariamente, lemos nos jornais de grande circulação críticas negativas feitas ao Poder Judiciário brasileiro, a maioria delas, infelizmente, inquestionáveis. Morosidade; tratamento desigual em virtude da posição social; decisões injustificáveis, tais como crimes graves cometidos sem a consequente pena aplicada e, paradoxalmente, infrações leves com punições rigorosas; desrespeito das decisões dos Tribunais Superiores pelos juízes de instâncias inferiores, provocando desigualdade de tratamento, dentre outros.

No que tange às aberrações jurídicas divulgadas, costuma-se alegar a deficiência da legislação vigente como sendo causa de decisões judiciais discrepantes. Para justificar a crônica ineficiência jurisdicional, citemos o estatuto da criança e do adolescente. Culpa-se o ECA pelo fato de criminosos perigosos estarem em liberdade, praticando reiteradamente crimes hediondos, como se nada juridicamente pudesse ser feito para eliminar este caos. Isto porque, à época em que consumou a primeira (conhecida) conduta inominável, o sujeito tinha menos de 18 anos, o que fez com que se tornasse novamente livre para agir, tão logo cumprisse a utópica medida com pretensão sócioeducatica.

Mas esta justificativa é simplória e insuficiente para fundamentar aberrações jurídicas. Primeiro, porque absurdos são juridicamente injustificáveis. O sistema jurídico tem como característica essencial a pretensão de coerência. E *coerência* pressupõe, no mínimo, *ausência de contradição* jurídica (consistência), bem como a relação harmônica *gradual* entre as normas do sistema (completude), de modo que este mantenha a sua *coesão* inferencial e *integridade*. Ou seja, que do conjunto de suas normas advenham as próprias consequências lógicas (coesão inferencial), sem desrespeitar as determinações e negações jurídicas contidas expressa ou implicitamente no próprio sistema (integridade).[1]

[1]Por todos, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 13.ªed. São Paulo: Malheiros. 2012.p.145-154.

Em exemplo emblemático, há que se questionar: será que o sistema jurídico, inequivocamente, proíbe que o Jornal Nacional divulgue o rosto do notório estuprador de 16 anos, que, sob a ameaça de um revolver, foi filmado violentando uma moça dentro de um ônibus, deixando, além dos passageiros que presenciaram a barbárie, toda a sociedade assustada e perplexa? Que coerência é essa? A sociedade não pode identificar o marginal perigoso pelo só fato de ele possuir menos de 18 anos? Qual a lógica jurídica desta interpretação, se o sistema jurídico preza pela segurança em geral (CF,5.º,*caput*) e pela segurança e integridade física da mulher, em especial (*e.g.*, CP,129,213,214)?

Mais recentemente, o pedófilo e estuprador de uma menina de 9 anos, ao final, estrangulada, na favela da Rocinha (RJ). Noticiou-se que, aos dezessete anos, ele já havia perpetrado algo similar, tendo sido posto em liberdade após o cumprimento, por três anos, da tal "*medida sócioeducatica*". Pergunta-se: de fato, é esta a interpretação adequada de um sistema jurídico que foi criado para ser juridicamente coerente e eficaz, e, por consequência, socialmente confiável? A menoridade episódica de um criminoso - e, destarte, a sua liberdade de locomoção -, por si só e de forma *acontextual*, se sobrepõe ao dever do estado de assegurar a proteção física dos seus cidadãos e a tão almejada segurança jurídica e social?

Casos como estes, envolvendo pessoas menores de idade, vêm esgarçando, dia a dia, o cada vez mais fragilizado sistema jurídico brasileiro. A descrença da população na eficácia do Direito encontra-se generalizada. E isso precisa ser revertido, porque, caso contrário, a tendência será apelarmos, em casos graves, ao ilegal exercício arbitrário das próprias razões (CP,art.345), face à inoperância estatal, o qual poderá eventualmente se legitimar e se tornar concretamente impunível, em vista da inexigibilidade de conduta diversa do ofendido, por culpa exclusiva do Estado-juiz em ignorar a pretensão de coerência e de eficácia do Direito, ocasionando, consequentemente, situações concretas de extrema injustiça.

O desrespeito às decisões dos Tribunais Superiores pelos juízes de instâncias inferiores é outro problema recorrente. O fato de a decisão definitiva de mérito ter sido proferida pelo Tribunal não significa que seja juridicamente mais bem fundamentada do que a sentença do juiz que a ignorou para decidir caso similar em suas mãos. Ocorre que, se milhares de juízes se acharem no direito de interpretar os textos normativos diversamente dos tribunais a que estão hierarquicamente vinculados, será a segurança de orientação dos cidadãos faticamente inviabilizada. Sim, porque de nada adianta se falar em previsibilidade das normas jurídicas em abstrato, se, o que importa, é como tais normas são concretamente aplicadas.[2] Prevê-se abstratamente; *ipso facto*, o cidadão jurisdicionado é surpreendido. Que espécie de segurança jurídica objetivamos?

A Constituição Federal de 1988 jamais compactuou com tais atuações completamente livres (e desrespeitosas a segurança jurídica) dos juízes de instâncias inferiores. Implicitamente, ao prescrever que compete ao STF a guarda da constituição e ao STJ a uniformização da interpretação da legislação infraconstitucional, já havia permitido ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça fixar decisões com pretensão vinculante para as

[2]Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.p.62-101.

instâncias inferiores.[3] Dentre outros propósitos, para se reduzir a litigiosidade social provocada pela ausência de sintonia entre os magistrados no seguimento das decisões superiores, o legislador constitucional criou a regra do efeito vinculante ou da vinculatividade, como decorrência de decisões definitivas em controle concentrado de constitucionalidade ou da produção de súmula vinculante (CF,102§2.º e 103-A,*caput*),

Diferentemente do que se propaga, o efeito vinculante não tem o condão de inviabilizar a evolução do Direito e, muito menos, retirar a capacidade decisória do julgador. Busca, tão-somente, viabilizar a igualdade de tratamento jurisdicional e, subsequentemente, a segurança de orientação dos jurisdicionados no planejamento de seu projeto de vida. Por outro lado, a regra da vinculatividade impõe ao juiz um maior ônus argumentativo para decidir contrariamente ao precedente superior, caso entenda não ser a hipótese *sub judice* subsumível à decisão vinculante.

O fato de termos mencionado exemplificadamente as duas mazelas acima, envolvendo a flagrante *ineficiência* do Poder judiciário para garantir a eficácia e credibilidade do Direito, não implica em que tenhamos uma solução pronta e acabada para suprimi-la. Mas estamos certos de que o sistema jurídico fornece ferramentas certeiras para que a ineficácia e o descrédito jurídicos sejam, a curto prazo, atenuados, podendo, a longo prazo – aí, sim -, serem eliminados e substituídos pelas esperadas eficácia e credibilidade.

E uma das formas de atenuação de tais mazelas é por meio da compreensão e aplicação adequada da regra do efeito vinculante. Tendo em vista a ainda ausência de uma teoria consistente para o trato das situações envolvendo esta regra, a proposta deste ensaio é auxiliar no seu manejo, elucidando algumas controvérsias. Qual a relação entre efeito vinculante e coisa julgada material? Decisões em controle abstrato de constitucionalidade e súmulas vinculantes constituem coisa julgada material? A regra da vinculatividade tem eficácia absoluta ou relativa? É possível superá-la diante de um caso concreto? O controle difuso de constitucionalidade mostra-se compatível com a regra do efeito vinculante? O que vincula: a regra concreta ou os fundamentos contidos na decisão com pretensão vinculante?

Com apoio da boa doutrina e da jurisprudência (expressa e implícita) do STF, serão respondidas tais questões, com a finalidade de aprofundar o debate sobre o tema *efeito vinculante* e, mormente, de ajudar na criação de uma teoria para a sua aplicabilidade juridicamente coerente e consistente.

Iniciemos, pois, esta pequena empreitada.

2. Coisa julgada material e regra da vinculatividade: coimplicação inexistente

Estudiosos costumam dizer que decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de normas, produz *coisa julgada material*.[4] Luís Roberto Barroso retrata esse entendimento, afirmando que

[3]Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.p.120-121.

[4]BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle Abstrato de Constitucionalidade: Elementos Materiais e Princípios Processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 468-479. "*Como nos processos jurisdicionais comuns, o trânsito em julgado das decisões dos processos objetivos implica o surgimento dos efeitos da* ***coisa julgada***." (p.469). Grifo no original; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da**

> (...) o limite objetivo da coisa julgada é a matéria decidida, tal como expressa na parte dispositiva da decisão. (...) Por força da eficácia preclusiva da coisa julgada, já não será possível o ajuizamento de outra ação direta para obter nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) do mesmo dispositivo.[5]

Desta forma, tendo eventualmente a Suprema Corte *declarado a constitucionalidade* de um ato normativo federal (objeto de ADC ou ADI) ou, porventura, fixado uma *interpretação* de um texto normativo *conforme* à Constituição (*v.g.*, impugnado via ADI ou ADPF), a decisão contida no dispositivo do acórdão, por ser irrecorrível (Lei 9868/99,art.26), transita em julgado, não podendo mais ser discutida por nenhum outro órgão do Poder Judiciário ou do Poder Executivo.

Todavia, há um equívoco neste silogismo, por estar embasado uma *falsa premissa*: a de que, basta a *declaração de constitucionalidade* constar no dispositivo de decisão jurisdicional definitiva, para que a *coisa julgada material* aflore. Ignorou-se, assim, a finalidade essencial da *coisa julgada material*, que é a estabilidade da solução judicialmente imposta ao conflito intersubjetivo.[6]

Trata-se, pois, de afirmativa carente de *justificação externa*,[7] que precisa ser repensada, principalmente, por influenciar a precompreensão de iniciantes e iniciados no estudo da ciência do Direito, que pretendam se aprofundar no tema da vinculatividade das regras jurisdicionais.

Entretanto, não procuraremos adequar o conceito de coisa julgada material, tradicional do processo civil, às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional. Tentaremos, sim, demonstrar que a coisa julgada material, neste sentido clássico, não constitui atributo das decisões proferidas em jurisdição abstrata, nem é fundamento do efeito vinculante das regras firmadas nas referidas decisões.

Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2.ª.ed. São Paulo: RT, 2000.p. 240-270. "*A decisão do Supremo Tribunal Federal produz coisa julgada oponível* erga omnes *(...)*". (p. 240); BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 1.ªed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.151; LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157. "*Não é o efeito vinculante responsável pela vedação aos demais órgãos judiciais de conhecer de nova argüição de inconstitucionalidade de lei em face de anterior declaração de constitucionalidade do mesmo diploma, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, na verdade, de* ***efeito decorrente da coisa julgada*** *com eficácia erga omnes.*" Grifo nosso.

[5]BARROSO, Luís Roberto. Ob. cit. p. 151.

[6]MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.p.139. Sobre a evolução histórica do instituto "*coisa julgada*", cf. TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 196-278.

[7]Sobre justificação interna e externa, cf. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. São Paulo: Landy, 2002.p. 51; ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. **A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 218-267; ÁVILA, Humberto. **A argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico**. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Temas de Interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 110-111. Em síntese, *justificação externa* é o trabalho de fundamentação para a escolha de uma premissa em detrimento de outra. *Justificação interna* refere-se à validade de uma conclusão, oriunda de silogismo decorrente das premissas escolhidas. Esta, faz-se por *dedução lógica*; aquela, mediante *argumentação jurídica*.

2.1. Conceito e finalidade da coisa julgada material, no sentido tradicional do processo civil, e sua (ausência de) relação com a regra da vinculatividade

2.1.1. Conceito e finalidade

A função primordial e tradicional da jurisdição é dizer o direito adequado à resolução do conflito entre pessoas, apresentado em juízo. Realizada a subsunção (formal e material) dos respectivos fatos e suas peculiaridades à regra geral e abstrata extraída do texto normativo, exercita-se a atividade jurisdicional. Julgado o caso, significa que já está concretizada a regra que o Direito abstratamente prescreve à determinada hipótese.[8]

Via de regra, as normas gerais e abstratas têm pretensão de validade indeterminada, pois são criadas para regularem continuadamente situações da vida. Porquanto, para cada situação conflituosa que surja, torna-se indispensável uma regra jurídica concreta que a resolva definitivamente no tempo. Essa regra concreta origina-se, simplesmente, da efetivação da norma geral e abstrata incidente sobre o caso, por meio de sua correspondente aplicação. Consubstancia, portanto, a declaração contida no dispositivo da decisão jurisdicional.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a coisa julgada

> (...) nada mais é do que o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto. (...) se a regra abstrata é (ao menos em princípio, e enquanto a necessidade social estiver acorde com ela) imutável, também a regra concreta assim deve ser. E, considerando que na sentença o juiz "concretiza" a norma abstrata, fazendo a lei do caso concreto, nada mais normal que essa lei também se mostre imutável.[9]

Partindo deste ensinamento, compreende-se a *coisa julgada material* como sendo a "*imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional*", sendo fundamental para a sua ocorrência que a decisão jurisdicional "*seja capaz de declarar a existência ou não de um direito*".[10] Se o juiz não tiver condições de conhecer adequadamente os fatos, para que possa buscar no sistema a regra pertinente a ser aplicada a eles, não há por que se falar em imunização da decisão judicial, advinda de *coisa julgada material*.[11]

O instituto da *coisa julgada* tem por objetivo a *finalização definitiva e imprescindível de um litígio submetido à apreciação judicial*. Neste momento, dá-se a *coisa julgada material*. Representa, efetivamente, um *critério de justiça*, pois a eternização de um conflito tendo como meta a busca de uma *verdade* é algo inaceitável,[12] sobretudo se considerarmos o perfil das relações sócio-

[8]MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2.ªed., São Paulo: RT, 2003. p. 660.
[9]Idem. p. 661.
[10]Ibidem.
[11] Idem. p.662.
[12]Nas palavras de Mittermayer, verdade "*é a concordância entre um fato ocorrido na realidade sensível e a idéia que fazemos dele*." MITTERMAYER, C. J. A *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual**... p. 292-295; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça**. In **Crítica à Dogmática: dos bancos acadêmicos à prática dos Tribunais**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n.º 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2005. p. 272; e SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. In **Direito, Estado e Democracia: entre a (In)efetividade e o Imaginário Social**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. v. 1, n.º 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006. p. 326. Ovídio Baptista

econômicas, atinentes à sociedade atual.[13] A descoberta da *verdade* depende da *subjetividade* inerente a cada ser humano. É algo que deve se orientar pelo estudo dos meios que possibilitam e regulam o conhecimento humano. A noção de verdade é "*algo meramente utópico e ideal*". Nunca se pode afirmar com absoluta certeza que algo encontrado ou percebido efetivamente retrata a *verdade*, pois a sua essência é intangível.[14]

2.1.2. Coisa julgada material e jurisdição abstrata

Percebemos, então, a impropriedade em se falar de *coisa julgada material*, proveniente de decisão firmada no exercício da jurisdição abstrata. *Coisa julgada material é instituto inerente à imunização de regra jurídica concreta*, ou seja, à inalterabilidade de regra estabelecida em decisão jurisdicional, que pôs termo a determinado conflito de interesses intersubjetivo.

Neste sentido são os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco: "*O que obtém a autoridade da coisa julgada material é* exclusivamente o preceito concreto formulado na sentença*, ou seja, é a disposição nela contida, acerca da situação concreta trazida para o juiz com pedido de solução.*"[15]

Ora, decisão em controle abstrato de constitucionalidade não formula preceito concreto algum que se destine à solução de um litígio específico levado a julgamento. Com efeito, a formação de coisa julgada material tem como pré-requisito a existência de *situações reais da vida*, sobre as quais as regras concretas judicialmente fixadas serão aplicadas e produzirão efeitos. Mas decisões consolidadas ao término de processo objetivo, ao contrário, não visam a extinguir conflitos de interesses interpessoais definitivamente, porque, de fato, não estabelecem regras jurídicas individuais e concretas para regularem uma situação específica.

Desta forma, não há como se atribuir imunidade ao conteúdo da decisão declaratória de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, porquanto a declaração expressa na decisão procura apenas sanar, em tese, uma dúvida sobre a constitucionalidade do "*núcleo mínimo de sentido*" ou "*significado de base*"[16] do enunciado normativo posto a seu exame. A declaração de constitucionalidade não cria regra concreta; somente confirma a validade de texto normativo vigente, do qual se poderá (ou não) extrair a regra geral e abstrata a ser aplicada adequadamente ao caso concreto. Afinal, como é cediço, texto e norma, conceitualmente, não mais se misturam.

Poderíamos ainda tentar defender a existência de coisa julgada material das decisões declaratórias de constitucionalidade, com o argumento de que ela propiciaria a resolução de litígios futuros de forma igualitária, o que em tese justificaria a imutabilidade dos efeitos declaratórios da decisão. Todavia, *de*

---

ressalta: "*O Direito, visto em seu aspecto "dinâmico" (Goldschmidt), alimenta-se de contingências, não de verdades necessárias. Para compreender o processo, é indispensável pensá-lo como uma realidade dinâmica.*"

[13]MARINONI, Luiz Guilherme. Ob.cit. p. 663.

[14]MARINONI, Luiz Guilherme. Ob.cit.p. 292-295.

[15]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4.ªed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 243. Grifo nosso.

[16]"*(...) um termo possui dois níveis básicos de significação: o significado de base e o significado contextual. O primeiro é aquele que reconhecemos no plano teórico quando abstraímos a significação contextual e consideramos o sentido congelado, a partir dos elementos de significação unificados por seus vínculos denotativos. O segundo pode ser entendido como o efeito de sentido derivado dos processos efetivos da comunicação social.*" WARAT, Luis Alberto. **O Direito e a sua Linguagem**. 2.ª versão. 2.ª ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 65.

lege lata, isso não é defensável. Para tanto, far-se-ia necessário alçar a pretensão de igualdade a elemento integrante do conceito de coisa julgada material. No entanto, isso apenas seria possível, redefinido-se o respectivo conceito. Ademais, e se um indivíduo lesado em seu direito decidir não postular uma tutela jurisdicional, diferentemente de outrem?

Com naturalidade, é de se admitir que ambos se encontrem em situações diversas após a intervenção do Poder Judiciário, independentemente de estarem em situações anteriormente semelhantes. E isso porque o fundamento atual da coisa julgada não é a igualdade de tratamento, mas, sim, a segurança jurídica, "*sendo por força dela que sentenças valem* inter partes*, admitindo, assim, a configuração de situações diferentes*", como leciona Tércio Sampaio Ferraz Júnior.[17]Nota-se, portanto, que a igualdade não pode ser fundamento da coisa julgada material, nos moldes em que esta é hoje compreendida.

Além disso, o "*expediente técnico*"[18] da *eficácia preclusiva da coisa julgada* não se aplica à eventual decisão declaratória de constitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal. Este expediente técnico implica em considerar, implícita e definitivamente resolvidas pela decisão, "*todas as questões, ainda que não apreciadas, cuja solução se devesse reputar idônea para influir no conteúdo do pronunciamento judicial*"(CPC,art.474[19]).[20]Não importa que tais questões se refiram preponderantemente a fatos, ou que sejam eminentemente jurídicas. Importa, sim, que tais questões já existam ou tenham surgido anteriormente à oportunidade processual de a parte interessada argüi-las, ou a tempo de o juiz ser capaz de reconhecê-las de ofício, se isto for juridicamente possível. Em suma, *a eficácia preclusiva não alcança fatos supervenientes.*[21]

Conseqüentemente, em virtude da impossibilidade física de os poucos fatos controvertidos apresentados ao Supremo Tribunal Federal representarem todas as demais (e imprevisíveis) situações fáticas da vida que possam desabrochar em momentos futuros, não há como se admitir a *eficácia preclusiva*.[22] A *eficácia preclusiva* só opera em processos nos quais se pretenda rediscutir questões já existentes à época da decisão transitada em julgado, e que possam colocar em risco a *auctoritas rei iudicatae*, oriunda da decisão que tenha estabelecido definitivamente uma regra jurídica concreta e individualizada.

A *eficácia preclusiva*, para ser elidida, depende de propositura de ação rescisória nas hipóteses legalmente permitidas, que seja baseada em fatos existentes à época do julgamento, porém, não alegados oportunamente (CPC,art.485,I-IX). Ultrapassado certo período de tempo, *a regra concreta e individual torna-se imutável*, não mais se autorizando que os demais órgãos jurisdicionais decidam questões de mérito (controvertidas e já existentes à

[17]FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça**. p. 269.
[18]Expressão utilizada por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada Material no Sistema do Processo Civil Brasileiro**. In **Temas de Direito Processual Civil**. 2.ªed., São Paulo: Saraiva, 1988, p.99.
[19]"*Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.*"
[20]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. cit. p. 99.
[21]Idem. p. 104-107.
[22]A demonstração de controvérsia é pressuposto de admissibilidade da ação. Cf. Lei 9868/99, art.14,III: "*A petição inicial indicará: (...) a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.*"

época da decisão transitada em julgado), que possam influir no conteúdo normativo da respectiva regra concreta então criada para assegurar a estabilidade de uma relação interpartes específica.

Em função disso, não consideramos ser decorrente da *eficácia preclusiva* da coisa julgada a vedação da possibilidade de propositura de outra ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, buscando-se novo pronunciamento a respeito da questão de constitucionalidade antes já decidida. Trata-se, simplesmente, de *ausência de interesse jurídico*, em virtude da *carência de necessidade* naquela situação específica. Se o Tribunal já se manifestou e a decisão proferida for irrecorrível, não há por que se pleitear novamente idêntica manifestação da Corte.

Declarada, na decisão, a *inconstitucionalidade* de um ato normativo, tal ato torna-se inválido e deixa de gerar efeitos jurídicos. Se, de fato, esta decisão constituísse *coisa julgada material*, a sua *eficácia preclusiva* impediria que o Poder legislativo editasse novo ato normativo de conteúdo idêntico, o que não ocorre.[23] E corretamente. Se o ato, "*hoje*", fora invalidado pelo STF, "*amanhã"*, em razão das alterações interpretativas decorrentes de evoluções culturais ou de mudanças contextuais juridicamente reconhecidas, poderá ser considerado válido.[24]

Roger Stiefmann Leal manifesta-se em sentido semelhante:

> Diferentemente da prática adotada em outros países, o Poder Legislativo não está obrigado, segundo o ordenamento brasileiro, a observar a *ratio recidendi* que fundamenta as decisões proferidas em sede de controle principal de constitucionalidade. O efeito vinculante constante do §2.º do art. 102 da Constituição não se aplica ao Poder Legislativo pela singela razão de não estar contemplado entre os seus destinatários. (...) É lícito, portanto, ao Legislativo ignorar as interpretações e os fundamentos deduzidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade e reiterar preceitos normativos materialmente semelhantes a outros declarados inconstitucionais.[25]

Igualmente, se o STF declara *constitucional* determinado enunciado normativo. Esta decisão não obsta que, em momento oportuno, seja o respectivo enunciado novamente questionado perante a Corte Suprema, via ação direta. Seguindo este rumo, observa Gilmar Mendes, a seu modo:

> Também entre nós se reconhece, tal como ensinado por Liebman com arrimo em Savigny, que as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que as alterações posteriores que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança da orientação jurídica sobre a matéria,

[23]Este entendimento prevalece no STF: "*Ementa: Reclamação. Pretendida submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante que resulta do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade. inadmissibilidade. Conseqüente possibilidade de o legislador editar lei de conteúdo idêntico ao de outro diploma legislativo declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, pela Suprema Corte. Inviabilidade de utilização, nesse contexto, do instrumento processual da reclamação como sucedâneo de recursos e ações judiciais em geral. Reclamação não conhecida.*" Rcl 5442 MC/PE, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo n.º 477 do STF.

[24] SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de Teoría del Derecho**. 2.ª.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 225-274.

[25]LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante** ... p. 159-161; Também, MENDES, Gilmar Ferreira. **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. Jus Navigandi. Teresina, a.4, n.º 43, jul. 2000. p. 7. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=108>

podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (inconstitucionalidade superveniente).26

Verifica-se, portanto, que as questões constitucionais abstratas, mesmo tendo sido resolvidas pelo STF, não ficam preclusas, pelo simples fato de o Direito ser *dinâmico* e demandar aplicações concretas, e não meramente abstrato e previsível de modo *estático*.

Ademais, por se tratar de *controle em abstrato*, nem há que se falar em repetição da ação (ADI ou ADC), pois, em verdade, a ação nova não é igual à anterior. Em outros termos: não há que se dizer que novo acionamento da jurisdição constitucional tenderia a violar a coisa julgada material decorrente da primeira decisão. Isso porque a *causa de pedir* seria diversa, por ser lastreada em elementos fáticos diversos (mesmo que semelhantes), o que consubstancia uma ADI ou ADC com fundamentos também diferentes.

Na verdade, se quisermos, até podemos considerar o pedido (de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) e a causa de pedir como sendo os mesmos da ação anterior, em função da natureza *aberta* da *causa petendi* (abrange todos os argumentos possíveis, mesmo que não tenham sido aduzidos na petição inicial).[27] Entretanto, propositura de ações idênticas não é permitida em nosso sistema jurídico, face a não ser condizente com o instituto da coisa julgada material (CPC, art.267, *caput*,V c/c art.301,§3.º).

Isso, por si só, demonstra o paradoxo de se falar em coisa julgada material proveniente de decisão proferida em controle jurisdicional em abstrato. Porque, se é juridicamente viável "*repetir-se*" a ação, visando-se à fiscalização abstrata de constitucionalidade, o mesmo não se pode afirmar em relação à possibilidade jurídica de se compatibilizar a repetição de ações com o fenômeno da coisa julgada material. A menos que se *reconstrua* o conceito de coisa julgada material, de modo a abraçar as decisões proferidas em jurisdição abstrata, sem que se provoquem contradições jurídicas.

Diferentemente se dá quando uma decisão (*rectius*: regra individual e concreta) posterior influi sobre uma anterior transitada em julgado, mesmo tendo respeitado a eficácia preclusiva desta. Nesta hipótese, o que efetivamente se verifica decorre da propositura de nova ação, fundada em causa de pedir diversa, em virtude de alterações fáticas supervenientes à decisão final anterior, e referentes a uma situação concreta atual. Vide o clássico exemplo da ação revisional de pensão alimentícia.

Assim, poder-se-ia argumentar que a nova ADI (em caso de improcedência do pedido na anterior) ou a nova ADC (em caso da improcedência do pedido na anterior e da consequente reedição de texto com mesmo teor) a ser ajuizada em momento futuro também teriam causa de pedir diversas, porque fundadas em elementos fáticos peculiares, não abarcados pela argumentação constitutiva da causa de pedir aberta da primeira ação proposta.

---

[26]MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 363-364.

[27]"*Milita, nesses casos, a presunção de que, ao menos, de modo implícito, todos os fundamentos foram examinados, ainda que não expressamente alegados. Desse modo, ainda que se volte a questionar o ato declarado constitucional em face de argumentos diversos dos ventilados no julgado anterior,* ***prevalece****, no âmbito do controle de constitucionalidade em tese praticado no Brasil,* ***a qualidade de coisa julgada e****, portanto,* ***a imutabilidade da decisão****.*" Grifo nosso. LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante**. p. 148-149.

Em última hipótese, caso se aceite tal argumento, ainda deixará de existir um pressuposto essencial para que tenha sido constituída a coisa julgada material: a existência de uma regra individual e concreta fixada pela atividade jurisdicional e que tenha posto fim definitivo a um real conflito intersubjetivo de interesses.

Mais uma vez, é imperiosa a redefinição de "*coisa julgada material*", acaso se pretenda atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade tal qualidade, tal como, por exemplo, propôs Klaus Vogel, citado por Gilmar Mendes. Apenas a título de reflexão sobre uma das possíveis nuances de um novo conceito, mas sem arriscarmo-nos a emitir uma opinião ainda imatura, encerra-se este tópico com a explicação da proposta do jurista alemão pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal:

> (...) propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a "*norma decisória concreta*"(konkrete Entscheidungsnorm). A norma decisória concreta seria aquela "*idéia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes*". [28]

2.1.3. Coisa julgada material e súmula vinculante

Até agora, abordamos o assunto apenas em relação às decisões declaratórias de constitucionalidade no exercício de controle abstrato. Todavia, indaga-se: o que foi dito acima se aplica às regras gerais e abstratas oriundas de súmulas com pretensão vinculante? Ou seja, em razão de a súmula advir de decisão transitada em julgado, resultante do exercício jurisdicional concreto onde foi encerrado definitivamente um conflito intersubjetivo, a coisa julgada material não seria inerente à regra vinculante "sumulada" pelo Supremo Tribunal Federal?

Pensamos que não. Justificamos com as lições de Frederick Schauer:

> Lo que distingue al razonamiento basado en precedentes del razonamiento basado en reglas, no obstante, es la necesidad en el primero de *construir* la generalización/predicado fáctico que ya existe en el caso de las reglas. Como hemos visto, el predicado fáctico de una regla – una generalización que comprende necesariamente una multiplicidad de acontecimientos – es parte de la forma canónica de la regla. Pero cuando sólo existe una decisión previa e no existe formulación de la regla, la fuente del predicado fáctico es oscura y, por consiguiente, la restricción que impone la decisión previa se torna problemática.[29]

Para que surja uma regra geral e abstrata de uma decisão judicial anterior (transitada em julgado), ressalta o jurista americano ser imprescindível proceder-se a uma atividade de *generalização* dos elementos fáticos que caracterizaram a hipótese da regra precedente. Analogamente ao modo como os parlamentares selecionam os elementos fáticos relevantes que constituirão

---

[28]MENDES, Gilmar Ferreira. **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. p. 5.

[29]SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana**. Traduzido por Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 245-246.

a hipótese de incidência da regra jurídica a ser criada, no caso das regras vinculantes de natureza judicial, este procedimento de seleção é da competência da Corte Suprema. Explica Schauer:

> Tenemos así ante nosotros el problema de los precedentes. No hay dos eventos que sean exactamente iguales, pero la idea de la obligatoriedad del precedente presupone que una decisión prévia regulará un conjunto subsiguiente de hechos que son semejantes ao primero. No obstante, dada la falta de absoluta identidad, el factor que determina la similitud debe provenir de algo diferente de la pretendida decisión vinculante de ciertos hechos particulares. Desde un cierto punto de vista, esse factor determinante de la similitud o regla de relevancia es establecida por el segundo tribunal. Dado que el primer caso (precedente) no contiene ninguma generalización, quien ha de tomar la decisión en el segundo caso crea a generalización en ese momento a la luz de las circunstancias del caso que ha de resolverse y de las del caso precedente.[30]

No sistema jurídico brasileiro, este procedimento de *generalização* dos elementos fáticos da decisão precedente que transitara em julgado não compete a qualquer juízo, mas tão-somente ao Supremo Tribunal Federal, por força de determinação constitucional (CF,art.103-A,*caput*). Com efeito, se tivéssemos que afirmar a existência da relação direta entre a coisa julgada material e a regra da vinculatividade, tal relação seria inerente à decisão precedente (que resolvera definitivamente uma lide real) e ao efeito vinculante desta decisão sobre a situação jurídica de cada um dos participantes do litígio judicialmente solucionado.

Portanto, a regra geral e abstrata – extraída de súmula fixada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante procedimento de generalização similar ao adotado pela atividade legislativa parlamentar - tem pretensão vinculante, não em virtude de suposta presença de coisa julgada material, mas, sim, em função da vigência de norma constitucional que a institucionaliza.

Verifica-se, assim, que as regras gerais e abstratas construídas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional - seja no exercício da jurisdição abstrata (ADC, ADI ou ADPF) ou decorrente de procedimento de generalização de regra particular fixada no exercício da jurisdição concreta (súmulas) - não possuem força vinculante devido à existência de coisa julgada material, mas, sim, pelo fato de haver a positivação da regra do efeito vinculante.

Ademais, a força vinculante dessas regras judicialmente criadas sequer pode ser compreendida como sendo de natureza absoluta, no sentido de serem sempre aplicáveis a qualquer situação da vida sobre a qual incidam. É o que demonstraremos a seguir.

3. A Regra da *vinculatividade* não possui eficácia absoluta

[30]Idem. p. 246.

A fim de comprovarmos esta afirmativa, identificaremos a estrutura da regra do efeito vinculante e buscaremos argumentos que fundamentem a sua eficácia relativa, no sentido de ser factível a sua inobservância *a posteriori*, sob certas condições. Para tanto, tomaremos por base a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, o que assegurará o respeito à coerência e à hierarquia do sistema jurídico.[31]

3.1. Estrutura da regra da *vinculatividade* no sistema jurídico brasileiro

A regra da vinculatividade está contida em dispositivos da Constituição (CF,art.102,§2.º e art.103-A,*caput*).[32] É, portanto, uma norma de *natureza constitucional* que se submete a todas as técnicas da moderna *hermenêutica*. Pode ainda ser apreendida da Lei 9868/99,art.28, parágrafo único.[33]

Também é norma de natureza *instrumental*.[34] Segundo Giuseppe Lumia, estas são

> (...) normas que não impõem aos destinatários a obrigação de realizar determinados atos, mas prescrevem as modalidades que os sujeitos devem observar, se quiserem alcançar determinados fins. (...) se é verdade que delas emanam ônus e não obrigações, é também verdade

---

[31]MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p.166-174. Gilmar Mendes, implicitamente, ressalta a importância do respeito à hierarquia judicial: *"(...) deve-se observar que (...) a possibilidade de que determinada controvérsia constitucional seja decidida, desde logo, pelo órgão que a Constituição erigiu como seu guardião haveria de ser vista como reforço da garantia de observância dos direitos individuais pelo Judiciário e pela Administração em geral. É que, reconhecida determinada situação jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, na ação declaratória, estarão juízes, tribunais e órgãos administrativos impedidos de emitirem decisão discrepante sobre o mesmo assunto"*. MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação ...**. p.57.

[32]Redação dada pela EC/45: Art.102,§2.º "*As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias e constitucionalidade,* ***produzirão*** *eficácia contra todos e* ***efeito vinculante****, relativamente* ***aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta****, nas esferas federal, estadual e muncipal*". Art. 103-A, *caput*. "*O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que,* ***a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante*** *em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei*" Grifo nosso.

[33]"*A* ***declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade****, inclusive a* ***interpretação conforme a constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto****,* ***têm*** *eficácia contra todos e* ***efeito vinculante*** *em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."* Grifo nosso. Não entraremos na discussão se este dispositivo é (ou não) inconstitucional. Todavia, apenas para deixarmos registrado, entendemos que, à época da edição da respectiva lei ordinária, não havia óbice normativo algum para que a mencionada regra fosse criada por tal medida legislativa, pois versa sobre **matéria de natureza processual**, que é da competência exclusiva da União (CF,art.22,I). Não fora a competência do Supremo Tribunal Federal em nada alterada. Esta, sim, acaso fosse acrescida ou reduzida por lei infraconstitucional, seria causa de invalidade, em virtude de tal matéria constituir reserva de Constituição (CF,art.102).

[34]"*A convicção de que a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (gesetzähnlich) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina* [germânica] *a desenvolver* ***instituto processual*** *destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei.*" MENDES, Gilmar Ferreira. **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. p. 2. Grifo nosso.

> que nelas o elemento do comando não está ausente, mas age de modo condicionado, ou seja, no caso em que o sujeito decide realizar determinadas ações (...)[35]

A sua institucionalização teve (e tem) como *fundamentos processuais* os postulados da *economia* e da *celeridade* e, como *fundamentos materiais*, a *segurança jurídica*, a *igualdade formal de tratamento*[36] e a entrega potencial de uma *tutela eficaz e justa* por parte do Estado-juiz.[37] Seu pressuposto fático é a consumação de um ato formal de competência do Supremo Tribunal Federal (declaração de (in)constitucionalidade de texto normativo; definição de interpretação conforme; ou edição de súmula); e sua consequência é o dever de aplicar a regra fixada pela Corte Suprema, quando incida sobre algum caso concreto.[38] É, pois, uma *regra vazia de conteúdo material*.

Portanto, a regra do efeito vinculante é uma norma constitucional que deve ser empregada como *ferramenta processual*,[39] para que o fim maior desenhado na Constituição seja adequadamente atingido (CF,art.3.º,I).[40] A sua aplicação pelo julgador está inevitavelmente condicionada pela influência do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais identificados no eventual conflito real da vida.[41]O fato de o legislador ter criado a regra da vinculatividade não significa que a sua aplicabilidade no caso concreto sempre produza a melhor solução.[42] Ou, dito em termos diversos: o fato de haver norma prescritiva, atributiva de efeito vinculante a regras estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, não significa que tais regras, sempre que incidentes em situações *sub judice*, devam ser incondicionalmente aplicadas.

3.2. Uma breve estudo comparativo entre duas regras procedimentais

A regra da vinculatividade não é aplicável de modo absoluto. Para comprovarmos esta tese, buscaremos respaldo em duas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma, decorrente do julgamento da ADC-4; a outra, do HC 89417/RO. Constatemos.

3.2.1. Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4

---

[35]LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 46.

[36]MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. p.121-165.

[37]"*O que importa deixar claro (...) é que o direito processual preocupa-se com formas aptas a propiciar real e efetiva solução dos conflitos, os quais são absolutamente inerentes à vida em sociedade*". MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual** ... p. 28.

[38]VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo**. São Paulo: Noeses, 2005. p. 91-94.

[39]"*(...) el procedimiento es sólo un medio para alcanzar las medidas materiales en el mayor grado posible y para satisfacer los márgenes de acción que éstas implican.*" BOROWSKI, Martin. **La Estructura de los Derechos Fundamentales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 146.

[40]Literalmente: "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*".

[41]"*(...) a identificación de los derechos fundamentales* sobre *a la aplicación judicial del Derecho se refleja en, y condiciona, al menos en parte, la posibilidad misma de realización y de tutela de los derechos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho*". MAZZARESE, Tecla. **Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones lógicas y epistemológicas**. Traducción de Juan Luiz Manero. Doxa 26, 2003. p. 692.

[42]"*A esta atención manifiesta del legislador (...)* ***no corresponde****, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto* ***a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización***". MAZZARESE, Tecla. Ob. cit., p. 692. Grifo nosso.

Esta ação foi proposta pelo Executivo federal, visando à declaração de constitucionalidade do art.1.º da Lei 9.494/1997, que enuncia:

> Art.1.º: Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n.º 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n.º 8.437, de 30 de junho de 1992.

Os artigos 5.º e seu parágrafo único, e o artigo 7.º da Lei 4.348/1964, referidos neste enunciado, dizem o seguinte:

> Art.5.º: Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.
> Parágrafo único: Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.
> Art.7.º: O recurso voluntário ou "ex officio", interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

O artigo 1.º e o seu § 4.º da lei 5.021/1966 expressam:

> Art.1.º: O pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.
> §4.º: Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

E os artigos 1.º, 3.º e 4.º da lei 8.437/1992 prescrevem:

> Art.1.º: Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.§ 1° Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado segurança, à competência originária de tribunal.§ 2° O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.§ 3° Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.
> Art.3.º: O recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

> Art.4.º: Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, não é inconstitucional ato normativo primário (na hipótese, medida provisória) que fixe regra proibitiva de concessão de liminares, contrárias ao interesse da Fazenda. Embora seja abstratamente constitucional o texto que trouxera a regra proibitiva de concessão de tutela antecipada em desfavor do erário, a Corte reconheceu que o juízo do caso concreto, com base em seu livre convencimento motivado, poderá conceder a antecipação de tutela tempestivamente requerida pelo indivíduo lesado em seu direito. Nas palavras do (Ex-)Ministro Sepúlveda Pertence:

> O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose institucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise da medida liminar em caso onde (...) a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art.5.º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostra inconstitucional. (...) Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva.[43]

Com efeito, a possibilidade de não-aplicação à situação concreta superveniente, de regra proibitiva e procedimental declarada constitucional, foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir a proteção de direito fundamental ameaçado.

Perante tal precedente, questiona-se: qual a conexão existente (se é que há alguma) entre a incidência sobre determinado caso concreto desta regra proibitiva que adveio de texto declarado constitucional, e a incidência de uma outra regra vinculante que provenha de enunciado de verbete sumular? Com palavras diferentes: em busca da coerência argumentativa exposada na fundamentação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, qual a influência da mencionada decisão na aplicação da regra do efeito vinculante?

[43]Trecho do voto proferido no julgamento da ADIMC 223-DF, que abrira o precedente sobre o tema, extraído de BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade**. p. 191, nota de rodapé 229.

Antes de respondermos, passemos à análise de mais uma decisão de nossa Corte constitucional.

3.2.2. *Habeas Corpus* 89417/RO

No decurso da denominada "*Operação Dominó*", foi desbaratada uma organização criminosa, da qual eram membros efetivos, dentre outras autoridades, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, outros deputados estaduais e o Presidente do respectivo Tribunal de Justiça.

Consumada a prisão em flagrante de seus integrantes, o Presidente da Assembleia impetrou *Habeas Corpus* junto à Suprema Corte, alegando, dentre outros argumentos, a desconformidade do ato restritivo de sua liberdade de locomoção com a Constituição da República. Mais especificamente, foi arguida a não-observância das regras constitucionais, constantes nos dispositivos a seguir transcritos, que, por simetria, condicionam o prosseguimento de processo criminal em face de deputados estaduais, à aprovação da Assembleia Legislativa:

> Art.27,§1.º: Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.
>
> Art. 53, §3.º: Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

A Ministra Cármen Lúcia, ao indeferir a pretensão de liberdade, argumentou que, no caso em exame, não caberia uma "interpretação literal" da citada *regra proibitiva* da prisão de parlamentar, mas, sim, uma interpretação que "*conduzisse à aplicação efetiva e eficaz de todo o sistema constitucional*". Isso porque, se assim não o fosse, estaria evidenciada uma "*absoluta anomalia institucional, jurídica e ética*", pois praticamente a totalidade dos membros da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia fora indiciada ou denunciada em função dos crimes ligados à respectiva organização criminosa então ramificada por diversos órgãos estatais. Logo, inexistiria a autonomia constitucionalmente desejada dos demais deputados estaduais, para que a regra da imunidade processual, a eles dirigida, fosse obedecida e consequentemente se alcançasse o desiderato constitucional.[44]

Neste momento, coloca-se mais uma pergunta: após a breve síntese dessa decisão, observa-se alguma relação de pertinência entre o seu conteúdo e a possibilidade de se relativizar (ou não-aplicar) a regra da vinculatividade? Vejamos.

3.2.3. Análise das decisões

Voltemos às questões levantadas: i) em busca da coerência argumentativa exposada na fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, qual

[44] Informativo n.º 437 do STF.

a influência da decisão oriunda do julgamento da ADC 4 na aplicação da regra da vinculatividade? E ii) qual a relação de pertinência entre o conteúdo da decisão proferida pela Ministra Cármen Lúcia no julgamento do HC e a relativização da regra da vinculatividade?

Primeiramente, faz-se imperativa a identificação dos efeitos da decisão na ADC 4 e a análise estrutural das regras sob comparação.

Quanto aos efeitos, a declaração de constitucionalidade do enunciado normativo, que constituíra óbice legal à concessão de tutela desfavorável à Fazenda Pública, em princípio, desencadeou duas consequências:

a) os demais órgãos do Judiciário, em controle difuso, ficaram proibidos de, incidentalmente, desconsiderarem a validade do respectivo texto normativo; e

b) a regra "*é vedada a concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública, se presente a condição X*" passou a vincular os demais julgadores, sempre que estiver incidindo em situações *sub judice*.

Além destes dois efeitos derivados da declaração de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal condicionou a constitucionalidade do texto normativo - e, destarte, da regra legal proibitiva firmada – à *preservação do poder geral de cautela*, inerente aos órgãos judicantes. Isso significa que, diante do caso concreto, o juiz pode afastar a aplicação da regra proibitiva incidente, para conceder a tutela do direito ao jurisdicionado, em tese vedada por regra com pretensão vinculante.

A respeito da estrutura, a *regra proibitiva* sob comento pode ser assim dissecada:

a) *hipótese de incidência*: existência de pretensão deduzida em Juízo, visando à obtenção de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, em virtude da condição X;

b) *consequência*: negação da tutela pelo julgador, em função de sua obrigatoriedade em aplicar a regra vinculante incidente, extraída do enunciado declarado constitucional pelo STF;

c) *força normativa da regra proibitiva*: decorre de sua positivação em texto infraconstitucional (força normativa *potencial*[45]) e da concretização de sua hipótese de incidência (força normativa *efetiva*), constituída por decisão declaratória de constitucionalidade do enunciado normativo que a instituiu, pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição abstrata;

d) *natureza da regra*: é regra legal de procedimento (processual), dirigida ao julgador.

e) *finalidade principal da regra*: priorizar a defesa do erário, em detrimento da suposta proteção de direitos dos demais jurisdicionados.

Desmembremos, agora, a regra da *vinculatividade*, para fins comparativos:

[45] "*(...) o jurídico se expressa de maneira clara ou focal quando precisamente se concretiza a conduta que iguala o devido; até esse momento, pode-se falar de 'direito em potência'.*" VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Tradução de Susana Elena Dalle Miura. São Paulo: RT, 2005. p. 280.

a) *hipótese de incidência*: pronúncia de decisão declaratória de constitucionalidade de texto normativo, fixação de interpretação conforme de enunciado ou criação de súmula pelo Supremo Tribunal Federal;

b) *consequência*: obrigatoriedade de o julgador aplicar a regra vinculante (oriunda da concretização de alguma das hipóteses descritas na alínea *a*), acaso incida sobre o conflito em exame;

c) *força normativa da regra da vinculatividade*: decorre de sua positivação no texto constitucional (força normativa *potencial*)[46] e da concretização de sua hipótese de incidência (força normativa *efetiva*), consubstanciada na produção de regra vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, mediante i) decisão declaratória de constitucionalidade de enunciado normativo, ii) interpretação conforme ou iii) edição de súmula, segundo os respectivos pressupostos constitucionais e legais (Lei 11.417/06);

d) *natureza da regra*: é regra constitucional de procedimento (processual), dirigida especialmente aos julgadores; e

e) *finalidade principal da regra*: garantir a segurança jurídica, a igualdade de tratamento e a efetividade da tutela jurisdicional.

Comparando-se a estrutura de ambas as regras detalhadas, verificamos as seguintes similitudes relevantes:

i) ambas adquiriram sua força normativa *efetiva* em razão de *pronunciamento do Supremo Tribunal Federal* com pretensão *vinculante*;

ii) ambas são *regras de procedimento*, cujos destinatários são, ao menos, os juízes.

No entanto, vale ressaltar que os diferentes propósitos das regras não influenciam na análise comparativa, pois tais finalidades sempre serão confrontadas, no caso concreto, com outras trazidas pelo litigante, titular do direito ameaçado. Em vista disso, a força argumentativa das razões justificadoras de determinado fim é que determinará o grau de prevalência de cada um. Com outras palavras: i) a *importância do direito* a ser preservado frente à da finalidade contraposta, ii) a *intensidade* da invasão do direito, bem como iii) a *potencialidade de lesão* do correspondente núcleo essencial, comparadas aos benefícios comunitários perdidos com a restrição imposta à promoção do fim, são os fatores que condicionarão a decisão a ser tomada pelo julgador.[47] E isso, inevitavelmente, poderá ser modificado caso a caso.

---

[46]Roger Stiefmann Leal faz pertinente observação, ao destacar o fato de que, a positivação do efeito vinculante na Constituição, em razão da supremacia constitucional, faz com que, inclusive o legislador ordinário, esteja obrigado a acatar o disposto no fundamento da regra com pretensão vinculante estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, qualquer ato infraconstitucional editado em desacordo com tal fundamento será inválido, exatamente porque deveria estar subordinado à Constituição, em cujo texto está preconizado o efeito vinculante das decisões do STF (por nós chamado de vinculatividade). Cf. LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. p. 154.

[47]"*Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung der einen Prinzips ist, um so grösser muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein. Diese Regel drückt ein Gesetz aus, das für die Abwägung von Prinzipien gleich welcher Art gilt. Es kann als 'Abwägungsgesetz' bezeichnet werden.*" Tradução livre: Quanto maior for o grau de não-realização ou de lesão de um princípio, maior deverá ser a importância da realização de outro princípio. Essa regra expressa uma lei, que vale igualmente para a

Pois bem. Identificadas as semelhanças estruturais relevantes, poder-se-ia objetar que o Supremo só aceitou a relativização da regra vinculante, em função de ter sido oriunda de medida legislativa de natureza infraconstitucional. Isto é, uma regra vinculante, advinda de texto com hierarquia de lei ordinária, não pode impedir os órgãos do Poder Judiciário de exercerem a sua competência constitucional, genericamente estabelecida no art.5.º,XXXV. Mas este argumento não se sustenta na jurisprudência do STF.

Analisemos a estrutura da regra constitucional estabelecida no enunciado da art.27, §1.º da CF, conjugado ao do art.53,§3.º, a qual, em decisão recente, foi *relativizada* (superada) pelo Supremo Tribunal Federal, sob o comando da Ministra Cármen Lúcia.

Os elementos configuradores de sua estrutura estão assim discriminados:

a) *hipótese de incidência*: recebimento de denúncia contra deputado estadual, por crime cometido após a diplomação;

b) *consequência*: o órgão jurisdicional competente dá ciência à respectiva Assembleia Legislativa, que poderá, pela maioria dos votos de seus representantes, sustar o andamento processual;

c) *força normativa da regra*: advém da supremacia constitucional face à sua positivação na Constituição (força normativa *potencial*) e da concretização de sua hipótese de incidência (força normativa *efetiva*);

d) *natureza da regra*: é regra constitucional de procedimento (processual), dirigida aos julgadores; e

e) *finalidade principal da regra*: assegurar imunidade processual aos parlamentares estaduais, que atuem no legítimo exercício do mandato legislativo.

Comparando-se esta *regra de imunidade processual* com a *regra da vinculatividade*, percebemos que as duas são procedimentais, constitucionais e têm os mesmos destinatários (os juízes). Possuem, por conseguinte, *idêntica estrutura*.

Além disso, conforme verificamos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal propositalmente mencionada, a Corte admite que regra procedimental de natureza constitucional seja derrotada (superada), desde que *fundamentadamente*.

Consequentemente, em razão da necessidade de se preservar a coerência argumentativa do órgão guardião da Constituição e, assim, tornar a jurisprudência mais transparente e confiável como requer o princípio da segurança jurídica, não há justificativa aparentemente plausível em se pretender "*absolutizar*" a obediência da regra da vinculatividade apenas pelo fato de ter incidido regra vinculante sobre o caso s*ub examine*. Ou seja, a incidência da regra vinculante não importa necessariamente em sua aplicação ao caso concreto. Atribuir-se caráter absoluto à sua aplicação, certamente, viabilizaria a *quebra de unidade* do sistema constitucional em alguma oportunidade.

---

ponderação de qualquer espécie de princípios. Ela pode ser designada de 'lei de ponderação. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 146.

Retiradas as amarras do julgador, antes consubstanciadas na obrigatoriedade de ele orientar-se incondicionalmente pela regra da vinculatividade, reforça-se, em contrapartida, o seu poder geral de cautela e, num todo, enfatiza-se a função de o Poder Judiciário zelar pela supremacia constitucional.

4. É juridicamente possível a *relativização* (superação) da regra da vinculatividade

Sabendo-se que a regra do efeito vinculante é uma norma constitucional e instrumental, e que o Supremo Tribunal Federal admite a relativização da eficácia de suas decisões vinculantes, não temos receio em afirmar que, para o julgador aplicá-la, deve observar um dos deveres fundamentais do hermeneuta constitucional: a preservação da *unidade axiológica* da Constituição. Como ressalta Canotilho, a unidade da Constituição

> (...) ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'fator hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.[48]

Por conseguinte, verificando o operador do Direito que, na situação em exame, a aplicação da regra da vinculatividade impossibilitará a realização de um fim constitucionalmente prescrito, deverá afastá-la, desincumbindo-se, para tanto, do *encargo argumentativo* que lhe resta atribuído (CF,art.5.º,XXXV c/c art.93,IX). Este encargo deve ser convincentemente satisfeito pelo juiz, sob pena de infringir a autoridade da Corte Suprema.[49]

Com pertinência, Oscar Vilhena ensina que

> (...) após levar em consideração a Constituição como lei, por intermédio dos diversos métodos de interpretação que auxiliam na redução da discricionariedade judicial, a doutrina e os precedentes, deve o intérprete constitucional recorrer aos princípios da argumentação racional para alcançar a devida compreensão do conteúdo aberto das cláusulas superconstitucionais, que constituem aspirações a uma ordem justa incorporadas pela própria Constituição. (...) O ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. É este imperativo – inexistente na esfera do Legislativo – que faz do procedimento argumentativo-decisório, que pode encontrar um ambiente adequado no Judiciário, um instrumento

[48] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1207-1208.

[49] Sobre os pressupostos para a superação de regras, cf., por todos, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p.112-120. Especificamente sobre a superação de precedentes, cf., por todos, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. **O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233-313.

> mais propício para se decidir questões de princípios, uma vez que "os motivos bem redigidos devem fazer-nos conhecer com fidelidade todas as operações da mente que conduziram o juiz ao dispositivo adotado por ele. Eles são a melhor e maior garantia, uma vez que protegem o juiz tanto contra todo raciocínio que pudesse oferecer-se à sua mente, quanto toda pressão que quisesse agir sobre ele". Mais do que um controle interno, onde o juiz reflete sobre as suas razões para decidir, a motivação permite a crítica pública dos fundamentos que levaram à decisão e à consequente possibilidade de reavaliação do decidido. [50]

Assim, uma justificação consistente desconstrói o argumento fundado na ofensa da autoridade dos julgados proferidos pela Suprema Corte. Efetivamente, demonstra que, se a regra do efeito vinculante prevalecesse naquela situação específica, algum direito fundamental (*v.g.*, o direito a um tratamento igual) estaria infringido, o que constituiria um paradoxo, por colidir com a própria finalidade da mencionada regra.

Revela-se, aqui, a importância atribuída à capacidade do aplicador do Direito em saber a distinção entre *incidência* e *aplicabilidade* da norma. A satisfação das condições fáticas previstas na hipótese da regra abstrata apenas caracteriza a sua *incidência*. A *aplicação* dependerá da existência de razões que justifiquem a concretização da regra, tendo em conta a promoção dos fins constitucionais que fundamentaram a sua criação.[51] Caso tais conceitos se confundam, grande será o risco de produção de uma regra lesiva ao conteúdo material da Constituição, mesmo que o julgador tenha se apoiado em uma regra com pretensão vinculante.

Diante, por exemplo, de situações difíceis e pendentes de solução jurisdicional, constituídas, em especial, por conflitos entre direitos fundamentais, faz-se imprescindível uma análise comparativa entre as razões justificantes da regra escolhida pelo juiz para ser aplicada ao caso concreto, e as razões justificantes da regra vinculante estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que possa ser desvendada a norma mais adequada a resolver o conflito de interesses submetido a seu crivo.[52]

Humberto Ávila elucida:

> Quando há uma divergência entre o conteúdo semântico de uma regra (...) e a justificação que a suporta (...), o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões

---

[50] VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237-238. Também, Alexy, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. p. 259.

[51] ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A face não-vinculante da eficácia vinculante das declarações de constitucionalidade**, in ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 208.

[52] "*Kurz, die Auslegung von Gesetzen – d.h. die Bestimmung der zutreffenden Wortbedeutung innerhalb des möglichen Wortsinnes – vollzieht sich in einem Erwägen von Gründen, die es rechtfertigen, den Gesetzesworten diesen oder jenen genaueren Sinn beizulegen (...). Doch die Begründung, mit welcher der Interpret eine bestimmte Auslegung wählt, schliesst andere Auslegungsmöglichkeiten oft nicht aus*". Tradução livre: Em síntese, a interpretação dos textos normativos – isto é, a definição do significado exato das palavras dentro dos sentidos possíveis – realiza-se por uma ponderação de razões, que justifica se atribuir esse ou aquele sentido mais adequado às palavras do texto. Porém, a fundamentação, que embasa a escolha de uma determinada interpretação pelo intérprete não exclui com freqüência outras possibilidades de interpretação. ZIPPELIUS, Reinhold. **Juristische Methodenlehre**.9.Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2005.p. 48.

> para adaptar o conteúdo da própria regra. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (rule's purpose) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa (...) que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra.[53]

> Em sentido semelhante, Thomas da Rosa Bustamante:
> Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando uma manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela. A exigência de razoabilidade, emanação concreta do Estado de Direito e da *pretensão de correção* (claim to correctness) do Direito (que no caso da Constituição de 1988 está expressamente consignada no Preâmbulo e no art.3.º,I), exige uma relação adequada entre *norma* e *a situação da realidade sobre a qual ela incide*. É justamente a partir dos postulados da *razoabilidade*, da *coerência* e da *proporcionalidade* – cujos conteúdos precisam ser especificados ao máximo para tornar a justificação jurídica uma empresa racional – que é possível decidir *contra legem*.(...) Os postulados mencionados (...) permitem a *redução de significado* (reduction) de regras jurídicas válidas, técnica pela qual limita-se o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução, o tribunal adiciona uma exceção não-escrita à incidência da norma (...).[54]

Ou seja, no caso da regra da vinculatividade, o julgador precisa inafastavelmente avaliar em conjunto o conteúdo semântico (obrigatoriedade de aplicação *prima facie* da regra vinculante, sempre que incidente) e as razões justificantes (promoção de igualdade de tratamento, segurança jurídica, efetividade da tutela jurisdicional e do princípio substantivo subjacente ao caso que dera ensejo à criação desta regra), a fim de que possa compará-los com o conteúdo e as razões de outra regra contraposta, tendo em vista o resultado almejado pela concretização da norma a ser aplicada.

Além do mais, se levarmos em conta que a observância da regra da vinculatividade enseja, *v.g.*, a concretização do direito fundamental à igualdade de tratamento e, ainda, que não existem direitos fundamentais de natureza absoluta,[55] por sua vez, conclui-se que a não-obediência fundamentada à regra da vinculatividade corresponde a uma restrição legítima do direito fundamental à igualdade de tratamento, passível de ser eventualmente justificada pelo

[53]ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p.74.
[54]BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação *contra legem*. A Teoria do Discurso e a Justificação Jurídica nos Casos mais Difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 240-241. Grifo no original.
[55]A inexistência de direitos absolutos é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos mais a frente.

recurso aos postulados da *proporcionalidade*, da *proibição de excesso* (preservação do *núcleo essencial* de outro direito fundamental ora colidente com a igualdade de tratamento), da *razoabilidade*, ou pela preservação do *mínimo existencial* à vida condigna.[56]

Não bastasse isso, é possível deduzirmos do entendimento do Supremo Tribunal Federal[57] a possibilidade de relativização da regra da vinculatividade, também pelo fato de a Corte tender a reconhecer a Constituição como "*categoria complexa e aberta a valores*"[58]. Pois como explicar a *aplicabilidade absoluta* dessa regra, se cada caso concreto pode estar permeado de valores diferenciados e, ainda, se tais valores, quando conflitantes entre si, podem variar em grau de relevância? Em outros termos: por que, diante de uma lide a resolver, não seria possível considerarmos determinado valor concreto (inerente ao direito fundamental ameaçado), mais importante do que aqueles valores (segurança jurídica, igualdade de tratamento e o direito material subjacente) considerados abstratamente pelo Supremo Tribunal Federal no momento em que instituíra a regra com pretensão vinculante?

Neste ponto, considera-se que o legislador, ao estabelecer a regra do efeito vinculante, não teve (e nem poderia, por escapar de sua alçada de conhecimento) a pretensão de i) proporcionar uma solução unívoca a todos os conflitos semelhantes, ii) de selecionar os valores que devem ser realizados ou tutelados diante de um litígio que se apresenta, ou, ainda, iii) de dizer qual o instrumento processual mais idôneo a ser empregado pelo julgador no momento.[59]

Em verdade, a *derrotabilidade* (superabilidade) é uma característica que pode estar presente na norma jurídica e, mais especificamente, na justificação jurídica. Como explica Juan Carlos Bayón, "*(...) la justificación jurídica es 'derrotable' en el sentido limitado de que su premisa mayor, entendida siempre como un juicio acerca del derecho que consideradas todas las cosas es aplicable a un caso genérico, es derrotable (es dicer, falible o revisable (...))*".[60]

Todavia, ressalte-se que, tanto no caso da *derrotabilidade das descrições contidas nos enunciados normativos* que expressam as regras, quanto na hipótese de *derrotabilidade das razões justificativas subjacentes a elas* (não-aplicação da norma, decorrente de sua invalidade concreta pontual), o julgador deve embasar-se no sistema de princípios que dotam de coerência o setor normativo de que se trate.[61] O fato de o legislador ter criado a possibilidade de a Suprema Corte fixar regras com pretensão vinculante não significa que a aplicação destas ao caso concreto produzirá sempre a melhor ou a mais adequada resposta ao problema a dirimir.

---

[56]BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para Resolução de Conflito entre Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2005. p.73. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p.121 e ss.

[57]ADI 595-ES.

[58]PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 44-45.

[59]MAZZARESE, Tecla. **Razionamiento Judicial y Derechos Fundamentales**. p. 692. Referindo-se à preocupação dos legisladores dos Estados constitucionais de hoje em explicitar os direitos fundamentais que, naturalmente, influenciam a aplicação judicial das normas, leciona a autora: "*A esta atención manifiesta del legislador (...) no corresponde, sin embargo, una solución unívoca ni respecto a la selección de los valores a realizar y a tutelar, ni respecto a la selección de los instrumentos más idóneos para su realización*".

[60]BAYÓN, Juan Carlos. **"Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?**. Doxa 24, 2001. p. 59.

[61]RÓDENAS, Ándeles. **En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas**. Doxa 24, 2001. p. 77.

Não podemos olvidar que a criação de regra com pretensão vinculante pode decorrer de generalização de regra concreta obtida em procedimento de ponderação, realizado no caso particular qualificado como precedente (*v.g.*, regra extraída de enunciado de súmula), conforme salienta Laura Clérico:

> Uma regra obtida na ponderação é universalisável, se ela for aplicável a outro caso concreto. E é aplicável a outro caso, se as condições sob as quais foi produzida a regra do resultado da ponderação, assim como as circunstâncias do caso concreto, forem iguais ou semelhantes. Dessa forma, o modelo de ponderação concilia, de um lado, a justiça do caso concreto com a pretensão de universalização da regra; de outro, harmoniza a universalização e a consideração do caso concreto, pois a regra decorrente da ponderação não vale definitivamente.[62]

Nota-se, assim, que o fato de se estabelecer uma regra geral e abstrata vinculante não significa que ela seja aplicável de modo absoluto, pois tornar-se-ia inviável a permanente harmonização entre os benefícios a serem gerados pela fixação da respectiva regra e a necessária consideração das nuances do caso particular, no momento da aplicação oportuna da norma.[63]

Portanto, a inteligência do Supremo Tribunal Federal seria paradoxal se considerasse absoluta a aplicabilidade da regra do efeito vinculante, pois obstaria a influência de outros valores (também reconhecidos constitucionalmente) na formação da regra concreta mais justa à solução da controvérsia levada a Juízo. Porém, ao que parece, é possível verificarmos que (felizmente) esta não é a posição da Corte. Ao menos implicitamente.

4.1. Análise argumentativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

4.1.1. Não existem direitos absolutos

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, afirmando inexistirem direitos absolutos.[64] As transcrições abaixo ratificam essa afirmativa:

> Ademais, **não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis**. 5. **Caberá**, então, **ao intérprete dos fatos e da norma, no contexto global em que se insere, no exame de casos concretos, no controle difuso de constitucionalidade e legalidade, nas instâncias próprias, verificar se ocorreu, ou não**,

---

[62] "*Eine **Abwägungsergebnisregel** ist universalierbar, wenn sie in einem anderen konkreten Fall anwendbar ist. Und sie ist anwendbar, wenn die Bedigungen der **Abwägungsergebnisregel** und die Umstände des konkreten Falles gleich oder ähnlich sind. So versöhnt das Abwägungsmodell einerseits Gerechtigkeit im konkreten Fall und Allgemeinerung. Es versöhnt andererseits Universalierbarkeit und Berücksichtigung des Konkreten, da die **Abwägungsergebnisregel nicht definitiv gilt**. Sie erfordert die berücksichtigung der Umstände des Falles*." (p.152). CLÉRICO, Laura. **Die Struktur der Verhältnismässigkeit**. 1.ª ed. Kiel: Nomos Verlaggesellschaft, Baden-Baden, 2001. p.146 e ss. Grifo no original.

[63] Neste sentido, MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes**. p.222-223.

[64] Na doutrina, *e.g.*, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional**. p. 132 e GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Dialética, 2004. p.180. "(...) um direito absoluto e incontrastável no seu exercício é figura que repugna à experiência moderna de convívio em sociedade, fundamentalmente informada pelo princípio da solidariedade social e não pelo individualismo exacerbado."

> com o proselitismo, **desvirtuamento das finalidades da lei**. **Por esse modo, poderão ser coibidos os abusos** (...).[65]
>
> (...) É certo que o direito de crítica não assume caráter absoluto, **eis que inexistem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte** (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.), **direitos e garantias revestidos de natureza absoluta**. [66]

Como consequência lógica, não poderia o Supremo Tribunal Federal atribuir natureza absoluta à vinculatividade das regras por ele fixadas. Porque, ao se admitir uma aplicabilidade absoluta de uma regra incidente sobre determinado caso, naturalmente atribui-se preponderância concreta absoluta aos princípios da segurança jurídica, da igualdade de tratamento ou do princípio material adstrito, que fundamentam a criação de regra vinculante, desprezando-se, em contrapartida, outros princípios que com estes colidam na situação posta em juízo.

Com isso, haveria uma incoerência jurídica insolúvel e incompatível com a argumentação que se espera do Tribunal, guardião da supremacia constitucional. Se inexistem direitos constitucionais absolutos, por que haveria de ser absoluta a aplicação de uma regra constitucional de natureza instrumental, como é a regra que estabelece efeito vinculante às normas construídas pela Suprema Corte (CF,art.102,§2.º e art.103-A,*caput*)? Ou, dito de outra forma, por que seria absoluta a aplicação de regra vinculante incidente sobre o caso concreto?

As normas instrumentais não visam à proteção ou à concretização do direito material, de acordo com a garantia constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva (CF,art.5.º,XXXV)? Quando, de modo casuístico, se constata numa situação da vida colocada em juízo, que determinado direito fundamental será lesado se for aplicada a regra vinculante, como pode o STF aceitar o argumento de que sua *autoridade* seria *violada*, mesmo se o órgão judicial competente tivesse se desincumbido satisfatoriamente do encargo constitucional argumentativo, nos moldes juridicamente preconizados (CF,art.93,IX c/c art.5.º,XXXV)?

Neste ponto, vêm ao encontro as precisas observações de Marinoni:

> *O que falta, porém, é atentar para que, se a técnica processual é imprescindível para a efetividade da tutela dos direitos, não se pode supor que, diante da omissão do legislador, o juiz nada possa fazer*. Isso por uma razão muito simples: o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional não se volta apenas contra o legislador, mas também se dirige contra o Estado-Juiz. Por isso, *é absurdo pensar que o juiz deixa de ter dever de tutelar de forma efetiva os direitos somente porque o legislador deixou de editar uma norma processual mais explícita*. [67]

---

[65]ADI 2566 MC/DF. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em 22.05.2002. Publicação no DJ em 27.02.2004. Grifo nosso.

[66]Pet 3486/DF, rel. Min. Celso Mello. Grifo nosso. Cf. informativo n.º 398 do STF.

[67]MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004. p. 222 e ss. Grifo no original.

Ou seja, se o legislador constitucional não excepcionou a regra constitucional da vinculatividade, não significa que a sua obediência, na qualidade de regra instrumental, não possa ser relativizada diante de uma situação da vida real, para que de fato seja protegido um direito fundamental, conforme garante o próprio conteúdo material da Constituição (CF,art.1.º,III c/c art.5.º,XXXV c/c §2.º c/c art.60,§4.º,IV c/c art.170,*caput*).

Além disso, ressalte-se que uma das facetas da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais é exercer influência na interpretação e consequente aplicação das normas materiais e instrumentais. Ingo Sarlet bem destaca esta característica:

> Por derradeiro, não poderíamos deixar de mencionar – como último importante desdobramento da perspectiva objetiva – a função outorgada aos direitos fundamentais sob o aspecto de parâmetro para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. Neste sentido, sustenta-se que com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais é possível se extrair consequências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais, mas também para uma formatação do direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, de modo a se evitarem os riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles. [68]

Com efeito, de que modo compatibilizar esta particularidade inerente aos direitos fundamentais, se, de antemão, já soubermos que a regra incidente *prima facie* será aplicada, independentemente de haver outra mais adequada à unidade constitucional? Estaríamos perante um paradoxo irresolúvel, se não fosse admitida a *superabilidade* das regras vinculantes.

4.1.2. Inadmissibilidade de hipóteses absurdas

O Supremo Tribunal Federal, também por diversas vezes, já ressaltou serem inaceitáveis hipóteses jurídicas *absurdas*. Vale conferir:

> Se de bens privados se trata, é fora de dúvida que os seus administradores não estão sujeitos a prestar contas ao TCU. Entendimento em sentido contrário, certamente, valeria pela completa inviabilização da Corte impetrada, bastando imaginar que estaria ela compelida ao desempenho de tarefa inexeqüível, (...) , o que revela o tamanho do **absurdo**, **dispensando maiores considerações sobre o assunto**". MS 23627. Ministro Ilmar Galvão. Voto-vista.[69]
>
> A matéria acerca da imunidade tributária prevista no artigo 155, § 3º da Constituição Federal, já foi submetida a esta Corte no julgamento do Recurso Extraordinário nº 230.337 (DJU de 05.08.99), ocasião em que apreciou a constitucionalidade da COFINS, tendo observado o e. Ministro CARLOS VELLOSO, seu relator, em hipótese análoga a esta, que ´**a interpretação puramente literal e isolada** do § 3º do art. 155 da Constituição Federal **levaria ao absurdo (...) de ficarem**

[68]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 175.
[69]Informativo n.º 260 do STF.

> **excepcionadas do princípio** inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta (...), as empresas de grande porte, as empresas de mineração, as distribuidoras de derivados de petróleo, as distribuidoras de eletricidade e as que executam serviços de telecomunicações - **o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva**, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, **a princípios constitucionais outros**, como o da igualdade (C.F., art. 5º e art. 150, II) e da capacidade contributiva´". RE 216286. Ministro Maurício Corrêa.[70]

Naturalmente, também por implicação lógica, admitir-se a aplicabilidade absoluta de regra vinculante incidente significaria aceitar-se eventual concretização de hipóteses juridicamente absurdas, o que a própria Corte expressamente rejeita.

Portanto, se o Supremo Tribunal Federal reconhece, como premissas lógicas, que (i) os direitos *não são absolutos*, assim como (ii) hipóteses *absurdas* (ou insustentáveis juridicamente) devem ser afastadas de plano, admite, pelo menos implicitamente e com base na coerência argumentativa, a superação de regra vinculante incidente em casos concretos determinados e excepcionais.

5. Regras vinculantes *vs* controle concreto e difuso de constitucionalidade: compatibilidade

Face à vinculatividade relativa das regras gerais e abstratas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, podemos afirmar que a vigência de tais regras não inviabiliza o exercício de controle difuso e concreto de constitucionalidade pelos demais órgãos jurisdicionais.[71] Como se percebe do estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a regra da vinculatividade pode ter a sua aplicação afastada, perante uma situação concreta da vida. Esta conclusão é corroborada pela doutrina de Luís Roberto Barroso, Ana Paula Ávila e Marcelo Alves Dias de Souza, nos seguintes termos:

> De fato, é perfeitamente possível que uma norma tida como constitucional em ação direta ajuizada para esse fim não deva ser aplicada a determinada situação concreta submetida à apreciação judicial. Isso ocorrerá, por exemplo, quando sua incidência provoque um resultado indesejado pelo sistema constitucional, assim como quando violar o próprio objeto que vise a tutelar ou o fim que pretenda promover. Nessas hipóteses, os efeitos *erga omnes* e vinculantes da declaração de constitucionalidade deverão ser temperados *cum grano salis*, sujeitando-se à ponderação com outros bens e valores, tendo como medida o princípio instrumental de interpretação que é a razoabilidade.72

[70]Informativo n.º 233 do STF.

[71]Em sentido oposto, por todos, ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante: Ilegitimidade da Jurisdição Constitucional. Estudo comparado com Portugal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 97. Para a autora, *"(...) o efeito vinculante é óbice ao diálogo entre o controle difuso e o controle concentrado, pois impede que sejam levados à análise da Corte Suprema os elementos diferenciais, que podem surgir a partir de mudanças fá ticas no caso.*"

[72]BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade**. p. 190. O autor refere-se às regras vinculantes decorrentes do controle de constitucionalidade realizado em abstrato pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, consideramos sua observação extensível às regras vinculantes advindas de súmulas.

> É lícito afirmar que a declaração de constitucionalidade de uma norma pelo STF, não obstante as eficácias *erga omnes* e vinculante, em nada prejudica a apreciação, pelos órgãos inferiores, desta mesma norma no controle concreto.73

> (...) no caso de existir decisão em ação direta que declare a constitucionalidade de lei [norma], poderá o juiz ou tribunal deixar de aplicá-la, não ao argumento de que ela seja inconstitucional, mas baseados em outros, tais como o de sua revogação ou de sua inaplicabilidade ao caso em julgamento. [74]

As palavras de Marcelo Alves Dias de Souza, referentes ao dever de os juízes observarem os precedentes (*stare decisis*), adequam-se perfeitamente à realidade brasileira, no que tange ao dever de os demais julgadores aplicarem regras vinculantes oriundas de decisões do Supremo Tribunal Federal:

> É pressuposto, para que um julgamento de um caso esteja obrigado pela decisão de um precedente, que haja uma identidade entre os fatos dos dois casos. (...) Mas que identidade é essa? Deve ser absoluta? Parece óbvio que não, sob pena de invalidarmos a própria possibilidade de aplicação da doutrina do *stare decisis*. (...) Na verdade, há que se atribuir um nível correto ou apropriado de generalidade ao fato constante do precedente. Ele há de ser considerado, baseado em critérios de generalidade apropriados, como representativo de uma categoria abstrata de fatos. Ao fato é atribuída significância não por si só, mas como membro de uma categoria. 75

Em verdade, quando se exigiu a comprovação prévia de controvérsia jurídica para que fosse admitida a ação declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868/99,art.14,III), o que indiretamente se fez foi eleger-se os fatos constitutivos da controvérsia como sendo os representativos de determinada categoria de fatos. Ou seja: *generalizou-se* certo aspecto fático, sobre o qual gira a discussão, a fim de que pudesse ser fixada a tese jurídica predominante. Consequentemente, ignorou-se, necessariamente, as infinitas peculiaridades, variáveis caso a caso, que eventualmente sejam aptas a ensejar hipóteses de inobservância da tese, sob pena de cometer-se extrema injustiça.

Contudo, isso não implica na perda de importância das regras vinculantes para a efetividade do sistema jurídico, ou, ainda, na irrelevância da criação de regras vinculantes. Porque, na verdade, o fato de o Supremo Tribunal Federal proferir decisão que gere regra vinculante constitui *fator de reforço* do dever de os juízes fundamentarem as suas decisões, como bem percebeu Ana Paula Ávila. *Reforço*, no sentido de reivindicar uma argumentação jurídica consistentemente elaborada pelo manuseio adequado de uma metodologia de aplicação do Direito, sob orientação dos postulados normativos pertinentes à hipótese (*v.g.* proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, ponderação etc.[76]).

Para a mencionada autora, as eficácias *erga omnes* e vinculante,

> (...) num primeiro momento, parecem dificultar a possibilidade de controle concreto sobre a norma que tenha sido declarada constitucional mediante ADC. Mas a razoabilidade surge aqui como meio adequado para o afastamento de uma norma cuja aplicação leve a um resultado não coerente e tampouco desejado do ponto de vista dos princípios, bens jurídicos e valores consagrados na Constituição. (...) a declaração de constitucionalidade equivale, apenas, a um atestado de que a norma está apta a incidir; porém, se ela deve ser

[73]ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A Face Não-vinculante da Eficácia Vinculante das Declarações de Constitucionalidade**. In ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 210.
[74]SOUZA. Marcelo Alves Dias de Souza. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. 1.ª ed., 2.ª tir. Curitiba: Juruá, 2007. p. 210, nota de rodapé n.º 420.
[75]SOUZA. Marcelo Alves Dias de Souza. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. p. 136.
[76]Sobre os postulados, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p. 121 e ss.

> aplicada ou não, caberá ao juiz da causa determinar. Não há falar, neste caso, em efeito vinculante no sentido de obrigatoriedade da aplicação da norma, pois os elementos necessários para a sua adequada interpretação somente são integrados a partir da junção entre a norma e a realidade. O que certamente entrará em evidência é o dever de fundamentação desta decisão, que deverá apresentar-se inequivocamente lastreada no sistema jurídico e, sobretudo, intersubjetivamente sindicável. O **reforço ao dever de fundamentação** é, portanto**, a única dificuldade causada pelo efeito vinculante ao controle difuso**.[77]

Não somente a declaração de constitucionalidade equivale a um atestado de aptidão para incidência das regras oriundas do texto normativo ratificado pelo STF. Da mesma forma, toda *regra com pretensão vinculante* trazida em *enunciado de súmula* representa um atestado de aptidão para incidência *prima facie* sobre o caso concreto formalmente subsumido a ela.

Ademais, como a técnica da *vinculação* outra coisa não é senão uma técnica processual juridicamente instituída, visando a eliminar estados de coisas ou situações constitucionalmente indesejáveis (*e.g.*, a insegurança jurídica e a desigualdade de tratamento), nada mais normal que ela não seja utilizada pelo juízo competente em hipóteses específicas e plenamente justificáveis, exatamente para que sejam efetivados fins constitucionais momentaneamente preponderantes. Esta dedução é corolário da inexistência de hierarquia absoluta e abstrata entre princípios fundamentais.[78]

Por mais óbvio que pareça, nunca é demais lembrar que o Direito é produzido pelo homem, sendo um objeto representativo de sua cultura.[79] E se foi criado, é porque tem um valor, que se traduz no seu interesse pessoal ou no comunitário.[80] Assim, quando se criou a regra do efeito vinculante, tinha-se o propósito de viabilizar a conquista de certos ideais constitucionalmente respaldados (*v.g.*, segurança jurídica, a igualdade e a efetividade da tutela jurisdicional). Entretanto, constatando-se que, episodicamente, o alcance de tal propósito pode fracassar sob a orientação da respectiva regra instrumental, necessariamente ela deverá ser ignorada. Seria paradoxal ou contrário à inteligência humana que, um instrumento *refletidamente* criado para a obtenção de um resultado específico, fosse empregado *irrefletidamente* (ou incondicionalmente), de modo a obstar a satisfação deste próprio resultado.

Além disso, ensina Frederick Schauer:

> (...) un enfoque corriente de los precedentes jurídicos considera que ellos consisten no sólo en los acontecimientos previos y la deción, sino

---

[77] ÁVILA, Ana Paula Oliveira. Ob. cit., p. 210-211. Grifo nosso.

[78] Por todos, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 94-97. "*Gegen die Geltung absoluter Prinzipien in einer Rechtsordnung, die Grundrechte kennt, lässt sich leicht argumentieren. Prinzipien können sich auf kollektive Güter oder individuelle Rechte beziehen. Wenn ein Prinzip sich auf kollektive Güter bezieht und absolut ist, können ihm Grundrechtsnormen keine rechtlichen Grenzen setzen. Soweit das absolute Prinzip reicht, kann es also keine Grundrechte geben.*" Tradução livre: Pode-se facilmente argumentar contra a validade absoluta de princípios em um sistema jurídico que reconhece os direitos fundamentais. Princípios podem referir-se a bens coletivos ou a direitos individuais. Quando um princípio refere-se a bens coletivos e é absoluto, nenhuma norma de direito fundamental pode impor limites a ele. Enquanto houver princípio absoluto, não pode existir direitos fundamentais.

[79] SANCHÍS, Luis Prieto. **Apuntes de Teoría del Derecho**. p.27-31.

[80] SCHNAID, David. **Filosofia do Direito e Interpretação**. 2. ed., São Paulo: RT, 2004. p. 47-49.

> también en la descripción que de esos hechos haga el tribunal precedente. Cuando la descripción de los hechos se vuelve parte de lo que constituye el precedente, el argumento a partir de precedente se torna bastante similar al argumento a partir de reglas. La descripción de los hechos del precedente es en realidad una generalización y, como consecuencia, esa descripción articulada constituye el predicado fáctico de una regla.[81]

Em termos mais simples, as regras vinculantes, por serem *regras* (tais como as criadas pelo legislador), estão sujeitas à não-aplicação casuística,[82] assim como ocorre no sistema jurídico norte-americano, inspirador do brasileiro.[83]Apesar disso, o fato de não existir a possibilidade de todas as decisões jurisdicionais serem sempre idealmente justas (ou de não haver uma noção de *justiça absoluta* em determinada sociedade) não significa que o aplicador do Direito tenha que atuar como um robô na obediência da regra vinculante, criada pela Suprema Corte no exercício do seu papel de *guardião* da Constituição (CF,art.102,*caput* e art.103-A,§1.º).

No entanto, s.m.j., há quem pense em sentido oposto, tal como Celso de Albuquerque Silva. Para ele,

> (...) enquanto a vinculação das cortes inferiores ao que ficou decidido pelas cortes superiores opera sob o modelo normativo forte/estrito que não permite as cortes vinculadas modificar ou revogar a regra estabelecida pelas cortes vinculantes, a vinculação das cortes superiores a suas próprias decisões opera sob o modelo normativo fraco/minimalista, que estabelece uma obrigação condicional de seguir seus precedentes, sempre que não existam razões substantivas superiores aos valores da segurança jurídica e isonomia perseguidos pelo efeito vinculante, que permitam ao Tribunal afastar-se de suas

[81]SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego.** p. 244-250. Grifo no original.

[82]BAYÓN, Juan Carlos. **"Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?**.p.59; FIGUEROA, Alfonso Garcia. **Princípios e Direitos Fundamentais**. Tradução de Fátima Vieira Henriques. In SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza (Org.). **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.03-29; RÓDENAS, Ángeles. **En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas**. p. 69-80; SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego.** p. 173 e ss; MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p.103-133; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. p.112-120; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação *Contra Legem***. p.232-289 e BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327:"O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não-aplicação da regra que o contravenha."

[83]Por todos, SUMMERS, Robert S..**Precedent in the United States (New York State)**, in MacCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S.. **Interpreting Precedents. A Comparative Study**. Ashgate Publishing, 1997. p. 368-401. Vale ressaltar, dentre outras peculiaridades, que, o fato de a regra do *stare decisis* do direito norte-americano possuir força normativa em função de tradição, não significa que sua idéia central (vinculatividade) não possa ser instituída legitimamente no Direito brasileiro. Em sentido diverso, por todos, STRECK, Lenio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade: uma Crítica Hermenêutica**. In BONAVIDES, Paulo *et alii* (Coord.). **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 413-415.

> prévias decisões e, adequando-as à nova realidade fática ou jurídica, renovar a doutrina.[84]

Também, neste passo, José Carlos Moreira Alves:

> A decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade, em realidade, tem efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, de modo que, no julgamento dos casos concretos, em que a mesma questão constitucional deva ser decidida *incidenter tantum*, o juiz ou o tribunal competentes deverão observar aquele pronunciamento. Decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamada pelas instâncias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via de reclamação ao Supremo Tribunal Federal (...).[85]

Portanto, a suposta amplitude da discricionariedade decisória dos julgadores de instâncias jurisdicionais inferiores não é fator de *enfraquecimento* da força vinculante das regras jurisdicionais. Basta lembrarmos que sempre haverá interesse recursal, não só quando o cumprimento do encargo argumentativo for *deficiente* para sustentar a aplicação da regra vinculante, mas, também, quando o juízo competente aplicá-la erroneamente ao caso subsequente, sobre o qual ela incidia apenas *prima facie* ou formalmente (CF,art.5.º,XXXV c/c art.93,IX).[86]

Se, por um aspecto, uma maior discricionariedade decisória conferida aos demais julgadores, teoricamente, faz com que aumente a probabilidade de recorrermos ao Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que houve *lesão à autoridade de suas decisões* (CF,art.102,I,l),[87] por outro lado, uma vinculação rígida (absoluta) dos órgãos jurisdicionais pode se constituir em fator *inibitivo* da análise efetiva (por estes julgadores) das razões conformadoras da regra com pretensão vinculante, que procure constatar se a sua aplicação ao conflito mostra-se *ipso facto* pertinente.

Natural que seja assim, porque o julgador, ser humano que é, vai preferir, por conveniência e praticidade, terminar o conflito (e, por consequência, diminuir a sua carga de trabalho o mais rapidamente possível) sem assumir qualquer *risco* de ser acusado de ter desrespeitado a autoridade da Suprema Corte (e, eventualmente, de receber alguma sanção[88]), ao invés de se

---

[84]SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 247.

[85]Palavras constantes no voto, proferido quando do julgamento da ADC n.º 1. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coord). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 187.

[86]Sustentando, convincentemente, a necessidade de reformulação dos pressupostos de cabimento de recurso extraordinário, para que seja incluída a *motivação insuficiente*, *contraditória* ou *ausente*, em virtude de ser atribuição dos Tribunais Supremos o controle de motivação das decisões dos demais órgãos jurisdicionais, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. p. 342-350.

[87]Sobre o uso da reclamação, como instrumento de preservação da autoridade do Supremo Tribunal Federal (CF,art.102,I,l), cf. ARRUDA, Paula. **Efeito Vinculante**. p. 89-93; LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. p. 165-167.

[88]Defendendo a necessidade imperiosa de sancionar os aplicadores do Direito que não observem os efeitos vinculantes e, especialmente, os magistrados, LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante**. p. 167-168. Para o autor, "*Sem sanção não há, de fato, vinculação.*" (p. 164)

submeter ao trabalho minucioso de estudar as razões de decidir da Corte Suprema, visando a aplicar a regra vinculante adequadamente.

Como constata Lenio Streck - auxiliado pela doutrina de Alf Ross -,

> (...) a invocação dos precedentes permite que se ganhe tempo e **libera o juiz de dúvidas e responsabilidades**" além de se ligar "estritamente à ideia de **justiça formal** que em todos os tempos se tem manifestado como aspecto essencial da administração da justiça, no sentido de que casos idênticos devem receber tratamento idêntico.[89]

Frederick Schauer também reconhece que "*(...) cuando un decisor toma deciones de acuerdo con reglas y, por lo tanto, confía en las deciones tomadas por otros, se ve parcialmente liberado de la responsabilidad de examinar todo rasgo sustantivamente relevante del hecho*", pois "*(...) la confianza en las reglas elimina la necesidad de hacer ciertos tipos de investigaciones y cálculos*".[90]

Ante a este problema, Alf Ross é mais um dos que salientam o caráter relativo da *vinculatividade* da regra contida nos precedentes. Em seu entender,

> (...) razões de peso podem ser dadas para a ruptura com práticas anteriores, particularmente, sob condições sociais em mudança e em relação a áreas do direito nas quais a legislação, contudo, não tem interferido para atualizar as normas. Em tais circunstâncias, atribuir demasiado valor ao precedente será considerado formalismo, com uma ênfase excessiva nas exigências de justiça formal às expensas da "equidade" material.[91]

Em reforço a esta constatação, calha aqui a observação de Arthur Kaufmann - lembrada por Lênio Streck - acerca de como os operadores do Direito geralmente trabalham os textos normativos: "*(...) se examinarmos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou. Ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX.*"[92]

De fato, importa ao julgador ter em mente que a obediência da regra da vinculatividade, quando efetivamente tiver seu potencial ativado (CF,art.102,§2.º e CF,art.103-A,*caput*), tem como propósito a garantia de fins constitucionais diretamente relacionados à proteção dos direitos fundamentais (*v.g.*, igualdade formal de tratamento e segurança jurídica). Seria um contrassenso admitirmos que o juízo competente possa eventualmente menosprezar o seu dever de proteger eficazmente os direitos fundamentais, se é a própria Constituição que lhe atribui esta função essencial do Estado (CF,art.5.º,XXXV).

Além disso, "*o que garante a segurança jurídica é a* ***não-surpresa quando da tomada de decisão***", estando esta não-surpresa "*respaldada pelas várias verdades existentes a partir de uma abordagem fenomenológica*" e "*limitada*

---

[89]STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2.ªed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.125.

[90]SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. p. 208-209.

[91]ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 1.ª reimpressão, 2003. p. 111.

[92]KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 154 *apud* STRECK, Lenio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade**. p. 406.

pelos princípios jurídicos e, em último caso, pelos direitos fundamentais", como bem frisa José Fábio Rodrigues Maciel.[93]

Com efeito, a regra do efeito vinculante, como ferramenta normativa, não deve ser aplicada cegamente só porque foi estabelecida por processo de emenda constitucional, com o objetivo de assegurar a promoção de situações jurídicas legítimas. Pois, ao se concretizar um estado de coisas almejado, pode, reflexamente, materializar-se uma outra situação jurídica constitucionalmente reprovável. Por isso, a referida regra instrumental deve ser observada quando o prognóstico realizado estiver em consonância com a *unidade* da Constituição. E essa constatação cabe primordialmente ao julgador, no exercício do controle concreto e difuso de constitucionalidade.

A não-aplicação de regra vinculante não significa que um órgão jurisdicional haja resolvido de modo diferente do determinado pela Corte Suprema, sem oferecer uma fundamentação suficiente e razoável. Significa, sim, que um juiz, plenamente autônomo e *independente* no ato de julgar, estabelecera, de forma motivada, um pronunciamento que, sob alguns aspectos concretos e de relevância ímpar, não coincide com o de outros juízes igualmente autônomos.[94]

Registremos a pertinente e relevante constatação de Ingo Sarlet:

> (...) temos por equivocado o pensamento dos que – ainda que movidos pelas melhores intenções (dentre as quais se encontra a segurança jurídica) – propugnam pela supressão do controle difuso de constitucionalidade, argumentando que este é um dos responsáveis pelo estado caótico no qual se encontra a jurisdição brasileira, o que acarreta, a nosso sentir, um deslocamento de perspectiva. Especialmente a adoção irrestrita do instituto das súmulas vinculantes, a despeito de servir pretensamente à causa da segurança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada (e neste caso não desejável) concepção de segurança jurídica compreendida como absoluta previsibilidade das decisões judiciais e uma completa sujeição ao entendimento dos Tribunais Superiores, que passam a depender da natureza do provimento (como ocorre na declaração de constitucionalidade e na interpretação conforme a Constituição) a estar investidos de funções de cunho tipicamente legislativo.[95]

Diante da demonstração da possibilidade jurídica de superação das regras vinculantes, cuja legitimidade está intimamente condicionada pelo cumprimento judicial do encargo argumentativo, não merece prosperar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, recentemente manifestado, no seguinte sentido:

> A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade

[93]MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 43-44.

[94]GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p. 137.

[95]SARLET, Ingo. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível**. In BONAVIDES, Paulo *et alii* (Coord.). **Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 298, nota de rodapé n.º 13.

> (CF,art.103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, **toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias**. Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, **acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade**.[96]

Quando se amplia a competência dos Tribunais para decidirem com eficácia geral e vinculante, não significa que os demais órgãos judicantes ficam limitados no exercício da atividade decisória. O que acontece, na verdade, é o *aumento da probabilidade de surgir uma maior quantidade de regras com pretensão vinculante*, acarretando, para os aplicadores do Direito, *uma maior dificuldade no cumprimento do dever de fundamentar* uma eventual superação de alguma norma desta espécie que esteja incidindo sobre o caso concreto.

Diferentemente do que afirmou o Ministro (que, s.m.j., considera o controle *difuso* como sendo sinônimo do controle *concreto*, com o que não concordamos, por razões semânticas e jurídicas), não se restringe o dever de os juízes analisarem a constitucionalidade em concreto, em virtude de o Supremo Tribunal Federal emitir regras vinculantes com mais frequência. Os *fatos* sempre estarão presentes e condicionando a atividade interpretativa dos aplicadores do Direito. E a atividade interpretativa em nada é prejudicada em função de os juízes terem de trabalhar com regras vinculantes. Naturalmente, deduzimos que a relevância da jurisdição difusa continua intacta.

Cabe frisar, com Frederick Schauer, que as descrições normativas dos enunciados, formuladas pelo legislador, originam-se da generalização de propriedades fáticas, avaliadas como essenciais a um tratamento igualitário.[97] E é natural que seja assim, pois, de acordo com o fim visado, não há por que abarcar elementos irrelevantes também como supostos fáticos, pelo simples motivo de não estarem causal e probabilisticamente relacionados à materialização do objetivo traçado. [98]

Não obstante, as regras extraídas dos dispositivos podem, no caso concreto, caracterizar-se como *sobreincludentes* ou *subincludentes*. *Sobreincludente*, porque, abstratamente, podem recair situações imprevisíveis no seu campo de incidência, nas quais a aplicação da norma levará a resultados incompatíveis com a finalidade subjacente; *subincludente*, porque, inversamente, o campo de incidência deixa de absorver situações que clamam pela aplicação normativa, quando se leva em conta a promoção do fim proposto. 99 E não haveria como ser diferente, pois, como explica Schauer,

> Las generalizações son, pues, selectivas, pero así como son inclusiones selectivas, las generalizaciones son también exclusiones

[96]Rcl. 4.335-5 AC, Rel. Min. Gilmar Mendes. (voto, p. 33). Grifo nosso. Cf. Informativo do STF n.º 463, de 16 a 20.abr.2007.
[97]SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. p. 80.
[98]Idem. p. 86-89.
[99]Idem. p. 89-92.

> selectivas. Al concentrarse en un número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades, incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes.[100] (...) por más que el enunciado pueda ser verdadero para algunos o para la mayoría de los casos, no es necesariamente verdadero para todos los casos. (...) Las limitaciones de tiempo y del entendimiento hacen imposible restringir nuestras ponderaciones de causa y efecto o nuestras aseveraciones de verdades empíricas, a enunciados universalmente correctos, por lo que frecuentemente empleamos generalizaciones que son sólo probabilísticas. Decimos que fumar provoca cáncer, que los perros tiene pulgas, (...) sin suponer que al decir esto estamos afirmando verdades universales invariables. Por el contrario, generalizamos de manera probabilísticas y no inexorable, admitiendo el uso de generalizaciones descriptas en la medida en que sean estadísticamente justificables. (...) En la medida en que la generalización identificada (...) tenga algún valor predictivo o indicativo de términos de lo que interesa en última instancia (...), la generalización es conversacionalmente permisible. (...) El predicado fáctico de una regla prescriptiva es comúnmente sólo una generalización probabilística de este tipo. [101] (...) Las reglas dependen, pues, de predicados fácticos que son (habitualmente) generalizaciones probabilísticas y subincluyentes respecto de las justificaciones de la regla. Puesto que las generalizaciones son necesariamente selectivas, las generalizaciones probabilísticas incluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán irrelevantes y todas las generalizaciones, probabilísticas o no, excluirán propiedades que en ciertos casos particulares serán relevantes. [102]

Complementando o ensinamento de Schauer, vale a observação de Alysson Leandro Mascaro:

> No caso das leis criadas pela sociedade, elas determinam condutas, valores e comportamentos, mas nada garante que todos os sujeitos cumprirão necessariamente suas determinações. (...)Nas sociedades capitalistas, o dever-ser das normas sociais se traveste de um cálculo de probabilidades. É possível observar as relações de dever-ser por outro ângulo, das possibilidades sociais. As ações sociais revelam-se cálculos. Em alguns casos, o poder que impõe as normas sociais é tão grande que o seu descumprimento não vale a pena. Nesses casos, o dever-ser da norma é tamanho que, na prática, ele é um ser. Ou seja, as suas decorrências se impõe necessariamente, por causa do grau de imposição e de dominação social. Em outros casos, o cumprimento ou o descumprimento de uma norma social passam a ser um jogo. O risco de ser descoberto num crime, o risco de um imposto ou de uma multa, o risco de um contrato ou outro.[103]

Notamos, então, que o enunciado de súmula vinculante nada mais é do que uma generalização de dados fáticos essenciais, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, retirados de decisão precedente e sucessivamente reiterada, com vista à regulamentação de casos futuros substanciamente semelhantes. Por consequência, carece tanto de interpretação quanto os demais enunciados

[100] Idem. p. 80.
[101] Idem. p. 89-90.
[102] Idem. p. 92.
[103] MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.p. 92-93.

normativos criados pelo Poder Legislativo, como bem registrou Lenio Streck: "*(...) o ´problema´ da ´univocidade´sígnica pretendida pela súmula seria perfeitamente superável, porque, como qualquer texto jurídico, sofrerá uma inexorável ação hermenêutica-interpretativa, fruto do processo de atribuição de sentido (Sinngebung)*."[104]

Contudo, após as observações expostas, poderíamos ainda questionar: qual seria a relevância prática em se afirmar que a fixação de regras com pretensão vinculante pela Corte Suprema apenas constituiria um fator de reforço à sua aplicabilidade? Pois, aparentemente, em nada difere das regras produzidas pelo Parlamento, porquanto todas elas estão sujeitas à recusa de aplicação, a depender da situação concreta. Vejamos.

6. Regra vinculante incidente e sua aplicabilidade *prima facie*

A regra da vinculatividade tem natureza instrumental, em vista de sua observância constituir tão-somente um meio a ser empregado na promoção de fins constitucionais. O seu suposto fático não se refere à ocorrência de algum fato da vida, mas apenas à consumação de atos meramente formais (*v.g.* ao fato de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade de certo enunciado, fixado a interpretação conforme de um texto, ou editado súmula). Ela, em si, não contém elemento material algum que oriente o julgador na fixação do conteúdo da regra concreta necessária à solução da lide.

Oportuna a opinião de Virgílio Afonso da Silva:

> Um exemplo simples de princípios formais pode ser encontrado na ideia de precedente judicial, porque eles oferecem razões para que o aplicador do direito decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma, mas essas razões referem-se tão somente a considerações de caráter formal – o fato de ela já ter sido aplicada em casos iguais ou semelhantes – e não ao conteúdo da norma.[105]

O respeito a esta regra não se dá em função de ela ter sido oriunda de uma decisão justa da Suprema Corte, mas, sim, em virtude de sua obediência tender à promoção de princípios constitucionais que justificam a sua criação (segurança jurídica, igualdade formal de tratamento, efetividade da tutela jurisdicional e o princípio substantivo adstrito). Consequentemente, só analisando as nuances do caso concreto é que se pode saber quando a regra da vinculatividade deve (ou não) servir de ferramenta ao aplicador do Direito.

Mais uma vez, mostra-se relevante outra constatação de Virgílio Afonso:

> Da mesma forma que ocorre com os precedentes judiciais, o respeito a esse princípio formal da competência decisória do legislador não decorre do **conteúdo** da lei por ele elaborada, pois as decisões do legislador não são válidas e devem ser seguidas porque são materialmente boas, mas "porque se baseiam no princípio (formal) de sua competência democrática e da separação de poderes."[106]

---

[104]STRECK, Lenio Luiz. **O Efeito Vinculante das Súmulas e o Mito da Efetividade**. p. 406. Grifo no original.

[105]SILVA, Virgílio Afonso da**. A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 148.

[106]Idem. p. 149. Grifo no original.

Na verdade, quando a Corte Suprema concretiza a hipótese de incidência da regra da vinculatividade (declara a constitucionalidade, interpreta conforme ou cria súmula), significa o seguinte: havendo um conflito entre princípios na situação litigiosa, em que estejam envolvidos os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento, estes princípios deverão prevalecer *prima facie*.[107] E por que deve ser assim? Porque foi a Constituição quem determinou, quando atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para ativar a força vinculante de suas decisões nas hipóteses previstas em seu texto, de modo a promover tais princípios e, assim, propiciar a efetividade da tutela jurisdicional por intermédio dos demais órgãos julgadores.

Neste momento, vale uma pausa para, a título de alerta, registrar a preocupação de Frederick Schauer, quanto ao emprego da expressão "*prima facie*", sem, contudo, invalidar a nossa opção por usá-la:

> Se denominan ordinariamente razones *prima facie* a las razones para la acción no absolutas. Este uso de la terminología de los juristas sugiere que ellas pueden ser superadas o desplazadas por razones particularmente exigentes que se inclinan en la dirección opuesta. No obstante, este uso resulta desafortunado porque puede generar una impresión equivocada acerca de la forma en la que operan las razones no absolutas. (...) El mayor problema que provoca el uso de la expresión *prima facie* como descripción de las razones no absolutas es que sugiere que, en ciertas circunstancias – cuando ellas se oponen a razones de mayor peso -, las razones *prima facie* podrían simplesmente desvanecerse. Pero esa caracterización induce a error. Las razones, incluso las razones no absolutas, no se evaporan cuando son superadas o dejadas de lado, de la misma manera que el guardia de seguridad no se evapora cuando es reducido por el asaltante de bancos. Lo que ocorre simplesmente es que una razón – como el guardia – puede resultar suficiente en ciertas circunstancias pero insuficiente en otras. Pero las razones y los guardias de seguridad ofrecen *resistencia* incluso cuando son insuficientes y, en cada caso, la presencia de esa resistencia demanda mayor fuerza para ser superada de la que hubiera sido necesaria em caso contrario.[108]

Seguindo adiante, quando se fala em *fator de reforço do dever de fundamentar* e *da aplicabilidade* da regra vinculante incidente, defende-se que a melhor resposta para resolver a tensão constante entre o dever de respeitar a regra da vinculatividade e o dever de promover a justiça concreta advém de reconhecermos a existência de uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios que abstratamente colidem.[109] Assim, sob o aspecto

---

[107] Por outros fundamentos, defendendo a precedência hierárquica e abstrata *prima facie* do princípio da igualdade, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p.148.

[108] SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. p. 174-175.

[109] "*Die Lösung der Kollision besteht vielmehr darin, dass im Blick auf die Umstände des Falls eine* bedingte Vorrangrelation *zwischen den Prinzipien festgesetze wird. Die Festsetzung der bedingten Vorrangrelation besteht darin, dass unter Bezug auf den Fall* Bedingungen *angegeben werden, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht. Unter anderen Bedingungen kann die Vorrangfrage umgekehrt zu lösen sein.*"A solução da colisão consiste na fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, tendo em conta as circunstâncias do caso. O estabelecimento da precedência condicionada consiste na indicação das condições sob as quais um princípio precede o outro, levando-se em conta o caso. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de modo

abstrato, nas condições fáticas regulares e previsíveis, deve-se atribuir primazia à *igualdade formal de tratamento* e à *segurança jurídica*, o que significa considerarmos aplicável *a priori* às hipóteses futuras, as regras vinculantes produzidas pela Suprema Corte por determinação da própria Constituição.

Esta é uma conclusão racional que não só reforça a posição de guardião constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, como também reconhece que os Ministros-julgadores (e falíveis) jamais possuirão elementos suficientes para criarem regras gerais com pretensão vinculante que não admitam exceções. Este último aspecto torna essencial o papel dos demais aplicadores do Direito. Ao cumprirem o dever de fundamentar as próprias decisões, eles abrem às instâncias superiores o contato com argumentos ainda desconhecidos ou não-analisados, em virtude do surgimento de novos fatos relevantes que foram desconsiderados na formulação da regra vinculante.

Além disso, vem a calhar a lição de Laura Clérico, ao observar que,

> uma realização plena do princípio da segurança jurídica, "classicamente" interpretado como mera calculabilidade da decisão, não pode ser alcançada por um sistema de regras formadas por resultados de ponderações condicionados *prima facie*, pois a segurança jurídica inevitavelmente pode colidir com outros princípios de igual relevância em uma situação concreta. (...) Aqueles que sempre exigem e fundamentam uma prioridade definitiva da segurança jurídica "classicamente" interpretada perante outros princípios, pressupõem uma concepção material de ponderação.[110]

Mas uma concepção material de ponderação, no sistema jurídico-constitucional brasileiro, é inviável, porque a Constituição não estabeleceu nenhuma ordem hierárquica absoluta entre os valores que albergou.[111] Até porque – como ensina Candido Rangel Dinamarco - "*nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada.*"[112]

Face ao temor de nascerem diversas decisões judiciais conflitantes entre si, violadoras da igualdade de tratamento e motivadas por preferências axiológicas inerentes a cada julgador, justifica-se em teoria a preocupação excessiva com a concretização da segurança jurídica, por intermédio da atenção incondicional à regra do egfeito vinculante. Mas salienta a autora que, "*se interpretarmos a segurança jurídica como segurança dependente do processo, o modelo de*

---

inverso. Grifo no original. ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt a. M.: Suhkamp, 2006. p. 81.

[110] "*Eine volle Erfüllung des Prinzips der Rechtsicherheit, "klassisch" intepretiert als blosse Berechenbarkeit der Entscheidung, kann durch ein Netz von bedingten prima facie-Abwägungsergebnisregeln jedoch nicht erreicht werden. Die Rechtsicherheit kollidiert im konkreten Fall mit anderen Prinzipien. (...) Wer stets eine definitiv Priorität der "klassisch" interpretierten Rechtsicherheit vor anderen Prinzipien fordert und begründet, setzt eine materielle Konzeption der Abwägung voraus.*" CLÉRICO, Laura. **Die Struktur der Verhältnismässigkeit**..1.ª ed. Kiel: Nomos Verlaggesellschaft, Baden-Baden, 2001. p.159.

[111] Sobre ordem de valores, por todos, cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 143-154.

[112] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4.ªed. São Paulo: Malheiros. Tomo II. p. 1148.

ponderação pode oferecer um procedimento para fundamentação"[113]coerente e controlável.

A solução encontrada via procedimento impede que a segurança jurídica seja imposta pela Corte Constitucional de forma impensada e que o sistema seja petrificado, pois, inafastavelmente, possibilitará que ela reveja ou ratifique as regras vinculantes criadas, após tomar conhecimento dos novos argumentos e fatos relevantes que justificaram o afastamento no caso concreto. Neste sentido, constata Laura Clérico:

> Continuidade e estabilidade irrefletida tendem à petrificação. Isso ocorre quando o sistema não é aberto, nem à aceitação de novas regras resultantes de ponderação, e tampouco ao afastamento de regras existentes resultantes de ponderação. Além disso, tratamento igualitário irrefletido tende a desconsiderar diferenças relevantes. Previsibilidade irrefletida da decisão leva a uma aplicação automática das regras resultantes de ponderação.[114]

Simultaneamente, areja-se o sistema pela consideração da dinâmica dos fatos sociais, assim como adquire a Suprema Corte maior legitimidade democrática para produzir regras vinculantes, já que os jurisdicionados (na qualidade também de intérpretes da Constituição[115] e de fiscais do Parlamento[116]) passam a ter a garantia de que a Corte não está impassível à realidade fática.

E não poderia ser diferente perante a conotação *axiológica* inerente aos direitos fundamentais.[117] Considerando-os como sendo a afirmação de valores a concretizar, tutelar ou promover, e a afirmação dos meios necessários à respectiva realização, tutela ou promoção,[118] torna-se consequência o surgimento de problemas para o aplicador das normas, frente às diversidades de doutrinas morais em uma sociedade pluralista (CF,1.º,V).[119] Problemas, não só na *identificação* dos direitos fundamentais, mas também na *interpretação*

---

[113]"*Intepretiert man Rechtsicherheit als "verfahrensabhängige Rechtsicherheit", kann das Abwägungsmodell eine 'Begründungsprozedur' bieten."* CLÉRICO, Laura. Ob. cit. p. 159.

[114]"*Unreflektierte Kontinuität und Stabilität tendieren zur Petrifikation. Dies tritt ein, wenn das Netz nicht für die Annahme neuer Abwägungsergebnisregeln und für Abweichung von vorhandenen Abwägungsergebnisregeln offen ist. Unreflektierte Gleichbehandlung tendiert ferner zur Nichtberücksichtigung von relevanten Unterschieden. Unreflektierte Voraussehbarkeit der Entscheidung neigt zu einer "automatischen Anwendung von Abwägungsergebnisregeln*." Idem. p. 160.

[115]HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. p. 19-28.

[116]LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 179-184.

[117]"*Dicho de otra forma, todo derecho fundamental expresa y/o es instrumento de la realización de valores*". MAZZARESE, Tecla. **Razonamiento judicial y derechos fundamentales**. p. 705-706.

[118]Idem. p.696.

[119]Idem.p.699-700; MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 126-143; RAWLS, John. **Justiça como eqüidade**. **Uma reformulação**. 1.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 118. "*De especial importância são também as circunstâncias que refletem o fato de que numa sociedade democrática moderna os cidadãos afirmam doutrinas abrangentes diferentes, ou até incomensuráveis e irreconciliáveis, embora razoáveis, à luz das quais entendem suas concepções de bem. Nisso consiste o fato do* ***pluralismo razoável****. (...) É algo que se evidencia não só na história dos estados democráticos, mas também no desenvolvimento das idéias e da cultura no contexto de instituições livres. Consideramos esse pluralismo um* ***aspecto permanente de uma sociedade democrática****, que caracteriza o que chamaríamos de* ***circunstâncias subjetivas de justiça***." Grifo nosso.

dos enunciados que os reconhecem (face ao caráter linguístico, aberto a diferentes concepções de valores e ideologias a eles vinculadas[120]), e na aplicação das normas deles extraídas (em virtude da potencialidade de conflitos entre os direitos).[121]

Na síntese de Cláudio Pereira de Souza Neto,

> Em um contexto de pluralismo, caracterizado por uma variedade de concepções acerca do bem, não é mais possível fornecer um fundamento último, de validade universal, para princípios de justiça, e nem, tampouco, recorrer a valores comunitários, já que estes são extremamente controversos em nosso contexto. [122]

Por decorrência, não há como se pretender a obtenção da *certeza absoluta* do Direito por meio da aplicação incontestável das regras com pretensão vinculante, pois esta "*certeza jurídica*" prévia e abstrata (por muitos, idealizada) pode contrapor-se à promoção de algum princípio fundamental prioritário numa situação particular.[123] Por óbvio, percebe-se que a *indeterminação do conteúdo*[124] dos direitos fundamentais retira qualquer legitimidade da Suprema Corte (composta de homens falíveis) para impor às instâncias judiciais inferiores a aplicação irrefletida da regra vinculante. A indeterminabilidade,[125] *a priori* e em abstrato, do âmbito material de proteção dos direitos fundamentais, juntamente à potencial concorrência entre eles,[126] fazem com que os argumentos fundantes de determinada regra vinculante sejam naturalmente *derrotáveis*,[127] o que permite a superação de tal norma, para que os seus fundamentos sejam respeitados.[128]

---

[120]"*(...) todo derecho fundamental puede ser leído de tantas formas cuantas son las diferentes concepciones de los valores de los que él mismo es expresión y/o instrumento de realización. Y, como es obvio, lecturas distintas de un mismo derecho son, en medida más o menos clara según los casos, conflictivas entre si*". MAZZARESE, Tecla. Ob. cit. p. 706.

[121]Idem. p. 703.

[122]NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**.Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 6-7.

[123]MAZZARESE, Tecla. Ob. cit. p. 704.

[124]Sobre a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais, por todos, cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. p. 132-214.

[125]Sobre a *indeterminação* do Direito, cf. RÓDENAS, Ángeles. **En la Penumbra: Indeterminación, Derrotabilidad y Aplicación Judicial de Normas**. p. 64-69.

[126]"*Son dos los principales tipos de conflicto que pueden darse entre derechos fundamentales, independientemente del hecho de que los mismos estén o no expresamente enunciados en un determinado ordenamiento jurídico: (a) conflictos que derivan de concepciones distintas y divergentes del valor del que un mismo derecho fundamental es expresión o instrumento de realización, y (b) conflictos que derivan de la imposibilidad de tutela y/o de realizar un derecho fundamental sin violar otro, o, al menos, sin circunscribir el posible alcance de este último. (...) la conflitividad depende, en efecto, sobre todo, aunque quizás no exclusivamente, de la lectura de los valores de los que los derechos fundamentales son expresión y/o instrumentos de actuación*". MAZZARESE, Tecla. Ob. cit., p. 705 e 708.

[127]Derrotável, porque "*(...) las* ***formas de razonamiento y/o de argumentación judicial*** *no pueden ser sino* ***aproximadas*** *porque tienen como objeto datos que no pueden sino ser indeterminados*". Isso decorre logicamente "*de la indeterminación que se deriva de los criterios de identificación de los derechos fundamentales a incluir en la redacción del catálogo del los mismos*" e "*de la indeterminación que se deriva de los criterios de interpretación (de las formulaciones) de los derechos fundamentales incluido en el catálogo de un ordenamiento determinado, tanto en razón de la pluralidad de concepciones de los valores a ellos subyacentes, como en razón de su (potencial) competitividad*". MAZZARESE, Tecla. Ob. cit.,p. 696 e 712.

[128]"*A implementação da igualdade em sentido material – tratamento desigual aos desiguais, visando à correção das desigualdades – implica, como regra, uma compressão da igualdade na dimensão formal,*

As palavras do Ministro Celso de Mello, em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, apontam para este sentido:

> Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, '*hic et nunc*', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.[129]

É louvável que a Corte Suprema reduza *incertezas* jurídicas pela exigência do cumprimento de suas decisões. Mas a previsibilidade jurídica trazida sem reflexão, mediante a prevalência da certeza absoluta na aplicação (mecânica) de regra vinculante incidente, tende a ignorar diferenças fáticas relevantes.[130] E, como decorrência, potencializa a violação de princípios fundamentais de igual importância para o sistema jurídico, tais como a igualdade material, a segurança jurídica na aplicação do Direito e a efetividade da tutela jurisdicional.

Frederick Schauer destaca que, quando o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norte-americana, advertiu - no contexto do problema relacionado à obrigatoriedade dos precedentes - que "*en la mayoría de los casos es más importante establecer cuál sea la regla de derecho aplicable que establecerlo corretamente*", ele recordou-nos que "*el argumento de la confianza se basa en las virtudes que ella en sí misma posee, con independencia de la correción de la decisión en la que se deposita la confianza*". Contudo, Schauer salientou que a outra face do problema "*(...) es que a veces es más importante establecer algo correctamente que establecerlo por el puro afán de establecerlo*".[131]

Se é certo que a continuidade da prática constitucional e a previsibilidade assegurada pelo conteúdo das decisões falam a favor da precedência abstrata e incondicional do princípio da segurança jurídica classicamente interpretado (ponderação em abstrato e incondicionada), também não há dúvidas de que não se pode deixar de levar a sério os direitos fundamentais dos indivíduos atingidos, e tampouco ignorar a *abertura* e a *sensibilidade* do Direito a mudanças (ponderação em concreto e condicionada).[132]

Faz-se, pois, indispensável que o juízo competente dê aplicabilidade *prima facie* à regra vinculante incidente sobre o caso, em respeito à determinação constitucional e à autoridade do Supremo Tribunal Federal. Todavia, após tomar conhecimento dos fatos relevantes, poderá criar uma regra concreta plenamente justificável, em virtude da impertinência da aplicação da regra vinculante incidente (cujos

---

que corresponde ao tratamento legislativo idêntico a todas as pessoas, independentemente de suas condições específicas", afirma PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit.. p. 231. Vale observar que a regra vinculante contida em súmula busca, verdadeiramente, um *tratamento judicial idêntico*, o que é faticamente muito complexo.

[129] Informativo n.º 286 do STF (MS 24369) *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Ob. cit. p. 232-233, nota de rodapé 52.

[130] CLÉRICO, Laura. Ob. cit., p.160.

[131] SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. p.204.

[132] CLÉRICO, Laura. Ob. cit. p.169.

princípios que a sustentam predominavam *prima facie*), desde que cumpra satisfatoriamente o seu encargo argumentativo (CF,art.93,IX).[133] Neste sentido, Laura Clérico:

> Uma vez escolhida [pelo Supremo Tribunal Federal] uma interpretação hermeneuticamente justificável, não pode esta interpretação ser abandonada sem que haja motivos relevantes. Tais motivos podem, pois, sugerir o afastamento do precedente. O essencial é que tal afastamento carece sempre de justificação. Deve-se sempre ponderar se os motivos que pregam o afastamento pesam mais do que os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento, pois estes preconizam a conservação dos julgados sem modificação.133

E complementa Zippelius:

> A interpretação deve (...) assegurar a *unidade do Direito*, buscando, portanto, uma solução que não esteja em contradição com o sistema e que seja pelo menos compatível com normas de igual ou superior hierarquia (...). Assim, um enunciado normativo deve ser interpretado, de modo a adaptar-se, sem contradição lógica, ao contexto das normas jurídicas de mesmo ou superior nível hierárquico. Da mesma forma, as finalidades e as decisões de justiça inerentes às diferentes normas devem ser conciliados entre si. Isso serve também à certeza de orientação.134

Uma correta interpretação sistemática das normas constitucionais assim lhe determina. De novo, fica claro a necessidade de as normas serem derrotáveis enquanto integrarem um sistema jurídico que preze por sua unidade de sentido. Isso porque esta unidade, muitas das vezes, só poderá ser alcançada levando-se em conta, no curso da tarefa interpretativa, também razões empíricas (*v.g.* falibilidade humana; dados extraídos da argumentação do Supremo Tribunal Federal ora utilizada no fundamento das decisões etc.), além das razões normativas (*v.g.*, inexistência de direitos absolutos; possibilidade de conflitos concretos entre normas; inviolabilidade do núcleo essencial de direitos fundamentais etc.). Avaliadas em conjunto, verifica-se que, eventualmente, a superação da norma constituirá pressuposto indispensável à preservação da unidade axiológica do sistema.

7. O que vincula: a regra ou o seu fundamento?

Quais os *limites objetivos* da decisão vinculante? Como visto, a existência de regra vinculante sugere a prevalência *prima facie* das razões que a sustentam, quando em confronto com razões opostas. Portanto, uma preponderância *a priori* das razões subjacentes à promoção do princípio da segurança jurídica e da igualdade de tratamento.

---

133 "*Eine einmal gewählte Interpretation (...), die im Spielraum des hermeneutisch Vertretbaren liegt, darf nicht ohne triftigen Grund aufgegeben werden. (...) Gründe dieser Art können es also nahelegen, von Vorentscheidungen abzuweichen. Wesentlich ist aber, dass eine solche Abweichung stets einer Rechtfertigung bedarf. Es ist immer abzuwägen, ob die für die Abweichung sprechenden Gründe schwerer wiegen als die Prinzipien der Rechtssicherheit und der Gleichbehaltung, die eine unveränderte Beibehaltung der Judikatur nahelegen*". CLÉRICO, Laura. Ob. cit., p. 82.

134 "*Die Auslegung soll (...) die* Einheit des Rechtes *wahren, also eine Lösung suchen, die widerspruchsfrei mit dem übrigen Recht, zum mindsten mit den gleich- und höherrangigen Normen, vereinbar ist (...). Eine Norm soll also so ausgelegt werden, dass sie sich logisch widerspruchsfrei in den Kontext der höher- und gleichrangigen Rechtsnormen einfügt. Auch sollen die Zwecke und Gerechtigkeitsentscheidungen der verschiedenen Normen aufeinander abgestimmt werden. Dies dient auch der Orientierungsgewissheit*". ZIPPELIUS, Reinhold. **Juristische Methodenlehre.** p.49. Grifo no original.

Por implicação lógica dessa prevalência preliminar das razões da regra vinculante, não há como se admitir que o seu fundamento também não vincule, no sentido de criar, para o julgador, o dever de analisá-lo e tomar ciência dos argumentos que conduziram à sua formulação. Com efeito, não apenas a regra geral e abstrata tem pretensão vinculante, mas, também, as razões que a sustentam.

Sobre o tema, Frederick Schauer leciona:

> Con respecto a cualquier agente que toma decisiones, existe una regla para dicho agente (...) solamente en el caso de que una instanciación suministre una razón para la acción independiente de la que proporciona la justificación que subyace a ella. No obstante, la mera conformidad de la conducta no resulta suficiente para indicar la existencia de una razón para la acción semejante. [135] (...) Si una razón no determina el resultado ni siquera cuando no hay otras razones aplicables, o cuando las demás razones aplicables se oponen entre sí en forma tan pareja que no suministran ninguma razón para decidir en un sentido o en outro, entonces simplesmente ella no es una razón en absoluto. El extremo opuesto, una razón *absoluta* es tan poderosa como puede serlo una razón. Dado que una razón semejante es, por definición, infinitamente estricta y no puede ser desplazada, la aplicabilidad misma de una razón absoluta es concluyente o determinante de la acción. (...) El grado de fuerza normativa de una regla reside ordinariamente entre estos extremos, poseyendo la mayoría de las reglas suficiente poder como para determinar un resultado aun cuando todas las demás circunstancias no sean iguales, mas sin llegar a ser absolutas.[136]

Segundo Schauer, não há regra se não houver uma razão determinante que a embase, de modo a torná-la de cumprimento obrigatório. Assim, resta claro que tanto a regra quanto suas razões possuem pretensão vinculante (e, por isso, precedência *prima facie*) quando incidirem sobre o caso concreto. Mas a razão de sustentação da regra não é absoluta, o que torna a regra superável, como ressalta o citado jurista.

E não poderia ser diferente. Aceitarmos a força vinculante de uma regra, cujos motivos determinantes sejam desprezados ou não tenham qualquer caráter obrigatório, equivale a reconhecermos a validade de uma regra tão-só por estar lastreada no fato de ter sido produzida pelo órgão legislativo competente. Deixam de importar as razões justificantes de sua criação. Neste sentido, o que vale é o fato de o agente legiferante determinar que tal *valor* é o melhor ou o ideal e, por isso, deve ser imposto à sociedade, e sem questionamentos!

O *pluralismo*, alçado a fundamento da República (CF,art.1º,*caput*,V), transforma-se em mera figura retórica.[137] É o retorno, por sua vez, à concepção

---

[135]SCHAUER, Frederick. **Las Reglas en Juego**. p. 174-175.

[136]Idem. p. 176.

[137]"*(...) a anterior confiança dogmática na autoridade resulta incompatível com uma sociedade pluralista e democrática que reclama justificações racionais*". VIGO, Rodolfo Luis. **Intepretação Jurídica**. p. 22.

positivista ideológica do Direito, traduzida sinteticamente no "*dever absoluto ou incondicional de obedecer à lei enquanto tal*".[138] Diga-se de passagem ser tal concepção juridicamente insustentável nos dias atuais, acaso levemos realmente a sério a tão badalada força normativa da Constituição.[139]

Norberto Bobbio explica:

> A ideologia (...) é a expressão do comportamento *avaliativo* que o homem assume face a uma realidade, consistindo num conjunto de juízos de valores relativos a tal realidade, juízos estes fundamentados no sistema de valores acolhido por aquele que o formula, e que têm o escopo de *influírem* sobre tal realidade. (...) Não faz sentido (...) apregoar a verdade ou a falsidade de uma ideologia, dado que isto não descreveria a realidade, mas sobre ela influiria. Diremos, em vez disso, que uma ideologia é do tipo *conservador* ou do tipo *progressista*, segundo avalie positivamente a realidade atual e se proponha influir sobre ela, para *conservá-la*, ou que a avalie negativamente, destarte se propondo a influir sobre ela, para *mudá-la*.[140] (...) A afirmação do dever absoluto de obedecer à lei encontra sua explicação histórica no fato de que, com a formação do Estado moderno, não só a lei se tornou a única fonte do direito, mas o direito estatal-legislativo se tornou o único ordenamento normativo, o único sistema de regulamentação do comportamento do homem em sociedade; (...) o direito estatal-legislativo se tornou o critério único e exclusivo para a valoração do comportamento social do homem. Isto sucedeu pelo fato de (...) o Estado ter não só emergido e se imposto sobre todas as outras organizações de tipo político, como também ter se tornado o único portador dos valores morais (...). O absolutismo ou incondicionalismo da obediência à lei significa para a ideologia positivista (...) que a obrigação de obedecer à lei não é apenas uma *obrigação jurídica*, mas também uma *obrigação moral*. O que se quer dizer é que o homem deve obedecer às leis não só por motivos externos, mas também por motivos internos, não só porque a isto é constrangido, mas porque está convencido de que tal obediência é uma coisa intrinsecamente boa: *obediência não por constrição, mas por convicção*.[141]

Nada obstante, nem todos os estudiosos do assunto pensam assim. Apresentaremos sucintamente o posicionamento da doutrina brasileira, tecendo comentários ou críticas pessoais que julgarmos pertinentes, de modo a complementar e reforçar a posição exposta: *tanto a regra quanto as suas razões justificantes têm pretensão vinculante*.

7.1. Limites objetivos da vinculatividade na doutrina brasileira

[138]BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 225.
[139]NINO, Carlos Santiago. **Introdución al Análisis del Derecho**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 5.
[140]BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 223.
[141]Idem. p. 226.

A regra do efeito vinculante determina que o julgador, na procura da solução para o problema que tem em mãos, priorize a aplicação do padrão normativo previamente elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. Esta premissa não decorre da existência de *coisa julgada material* e da consequente *eficácia preclusiva*, mas tão-somente de expressa determinação constitucional (CF,art.102,§2.º e art.103-A, *caput*).

Mas, ao preferir a norma preexistente, o julgador não pode ignorar suas razões justificantes. Todavia, parcela da doutrina brasileira defende que a regra do efeito vinculante atina-se somente à obediência ao contido no dispositivo da decisão, numa clara referência ao instituto da coisa julgada material.[142] O Supremo Tribunal Federal adotava também esta inteligência há até bem pouco tempo.

Diferentemente, uma outra vertente doutrinária sustenta que os *fundamentos* da decisão também obrigam,[143] posição, esta, a qual aderiu o Supremo Tribunal Federal recentemente:

> (...) Vê-se, portanto, que o ato judicial de que ora se reclama **parece haver desrespeitado os fundamentos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento final da ADI 2.868/PI**, precisamente porque, naquela oportunidade, o Plenário desta Suprema Corte reconheceu como constitucionalmente válida, para efeito de definição de pequeno valor e de conseqüente dispensa de expedição de precatório, a possibilidade de fixação, pelos Estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, na redação dada pela EC 37/2002, o que foi recusado, no entanto, no âmbito do Estado de Sergipe, pelo órgão judiciário ora reclamado. Na realidade, o caso versado nos presentes autos parece configurar hipótese de '**violação ao conteúdo essencial' do acórdão consubstanciador do julgamento da referida ADI 2.868/PI, o que caracterizaria possível transgressão ao efeito transcendente dos fundamentos determinantes daquela decisão plenária emanada do Supremo Tribunal Federal**, ainda que proferida em face de legislação estranha ao Estado de Sergipe, parte ora reclamante. Sendo assim, e presentes as razões expostas, defiro a medida liminar ora postulada (fls. 07, item IV) e, em conseqüência, suspendo a eficácia da decisão reclamada (Processo nº 01.05-1212/00 – 5ª Vara do Trabalho de Aracaju/SE – fls. 43 e 52), sustando-se a prática de qualquer outro ato processual e/ou administrativo que se relacione com o questionado ato decisório. (...)".Rcl.2986 MC/SE. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Grifo nosso.[144]

---

[142]"*No caso brasileiro, porque o Constituinte reformador referiu-se à "decisão definitiva de mérito", o efeito vinculante restringe-se exclusivamente à sua (dela: decisão) parte dispositiva, não alcançando os seus fundamentos determinantes.*" CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ª.ed. São Paulo: RT, 2000. p.307; BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. p.151.

[143]MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade: a Inovação da Emenda Constitucional n.º 3, de 1993**. In MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira (coord). **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. 1.ªed. 3.ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 84; MENDES, Gilmar Ferreira. **O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. p. 4-6; LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. p. 150; SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante**.p. 224-227.

[144]Vide, também, ADI 3345 e ADI 3365, rel. Min. Celso Mello, referentes à impugnação de resolução do TSE, que fixara o número de vereadores. No mérito, foi esclarecido *"que a Resolução 21.702/2004 foi*

Em estudo acadêmico, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que a natureza jurídica e as características do efeito vinculante devem ser extraídas "*do modelo praticado pela doutrina e jurisprudência alemãs*", por ter sido "*inspirado diretamente pela chamada Bindungswirkung do direito germânico*".[145] Partindo desta premissa, pronuncia-se com as seguintes palavras:

> Tal como observado, a concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da Lei Orgânica da Corte Constitucional. (...) Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia de que elas hão de se limitar à parte dispositiva da decisão (*Tenor*; *Entscheidungsformel*), sustenta o *Bundesverfassungsgericht* que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (*tragende Gründe*). (...) Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante. (...) É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo descipiendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da *força de lei*. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.[146]

No mesmo sentido, Roger Stiefmann Leal:

> Sob uma perspectiva lógico-dedutiva, a autonomia de significado do efeito vinculante no ordenamento pátrio decorre necesariamente da exclusão dos aspectos elementares às definições de coisa julgada e eficácia contra todos. A inovação promovida pelo acréscimo do efeito vinculante não permite que seja confundido ou sobre posto aos demais efeitos e qualidades derivados da natureza do controle abstrato de constitucionalidade. (...) Resta, portanto, compreender o efeito vinculante como instituto voltado a tornar obrigatória parte da decisão diversa da dispositiva aos órgãos e entidades relacionados no texto normativo. Assim, seu objeto transcende o *decisum* em sentido estrito, alcançando os seus fundamentos determinantes, a *ratio decidendi* subjacente ao julgado.[147]

Esta última tese jurídica mostra-se a mais adequada. Mais adequada não só por facilitar a aferição da (i)legitimidade do fundamento da decisão em relação à unidade constitucional e a constatação da consequente (in)validade da regra posta na decisão, mas também em virtude de sua compatibilidade

---

editada com o propósito de dar efetividade e concreção ao julgamento do Pleno no RE 197917/SP (DJU de 27.4.2004), já que nele o STF dera interpretação definitiva à cláusula de proporcionalidade inscrita no inciso IV do art. 29 da CF, ***conferindo efeito transcendente aos fundamentos determinantes que deram suporte ao mencionado julgamento***." Grifo nosso. Vide informativo n.º 398 do STF.

[145]MENDES, Gilmar Ferreira.**O Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. p. 2-5.

[146]Idem. p. 4. Grifo no original.

[147]LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. p. 149-150.

com o objetivo de se formular uma teoria geral do trato com regras vinculantes, ao viabilizar o exame da argumentação subjacente a tais regras.

Os *motivos determinantes* da decisão (ou as razões fáticas e jurídicas que fundamentam a regra contida na decisão proferida) evidenciam os argumentos levados em conta pela Suprema Corte ao ter estabelecido determinada conclusão com pretensão vinculante. Ou seja, tais motivos apresentam as razões justificadoras da criação de certa regra vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, como meio promocional do princípio da segurança jurídica e da igualdade formal de tratamento, que receberam da Constituição uma preferência em abstrato.

Será destas razões expostas que o órgão julgador competente extrairá os motivos que levaram a Suprema Corte a fixar alguma regra vinculante, como meio adequado à máxima otimização da segurança jurídica e da igualdade de tratamento. Significa dizer: comparando-se as razões determinantes para a efetivação destes princípios jurídicos e do princípio material subjacente (expressos na decisão da Corte), com as razões justificantes dos princípios jurídicos predominantes na situação jurídica levada à apreciação do Poder Judiciário, é de se presumir que o julgador capturará os elementos indispensáveis ao cumprimento de seu encargo argumentativo, na hipótese de necessária superação da norma vinculante.

Ressalta Roger Stiefmann Leal oportunamente:

> Sabe-se que a parte dispositiva cuida apenas e tão-somente de expressar o resultado decisório da ação, definindo, no caso de conhecimento da ação de constitucionalidade, se o ato questionado – e apenas ele – é constitucional ou inconstitucional. Eventual **identidade de atos**, quanto ao suposto vício de inconstitucionalidade apontado, somente pode ser detectada a partir da *ratio decidendi* que fundamenta a decisão. Significa dizer que o efeito de impor a eliminação de atos normativos de igual conteúdo e a vedação de reiteração material do ato inconstitucional **somente pode ser aferido mediante o cotejo desses outros atos com os fundamentos determinantes da decisão**, e não com a sua parte dispositiva.[148]

Aceitemos, por exemplo, que só o constante no dispositivo de decisão declaratória de constitucionalidade vincule. No dispositivo do acórdão constaria apenas que o ato normativo X teve a sua constitucionalidade declarada. Considerando ainda que a *causa de pedir* da ação declaratória de constitucionalidade é *aberta*,[149] presume-se teoricamente que o Supremo Tribunal Federal tenha analisado todos os fundamentos possíveis, para que concluísse pela constitucionalidade do texto normativo, objeto da demanda.

Deste modo, verificados pelo STF todos os argumentos possíveis para que certa lei fosse invalidada e, mesmo assim, não decidindo a Corte neste sentido, pergunta-se: como poderão os demais julgadores afastar a aplicação

---

[148] Idem. p. 151. Grifo nosso.

[149] Por todos, VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2.ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.88. "*Embora deva a petição enunciar os fundamentos jurídicos que sustentam que a(s) norma(s) impugnada(s) apresenta(m) a eiva da inconstitucionalidade, o Poder Judiciário pode declará-la com outros fundamentos, que não os apresentados pelo autor, aplicando-se, integralmente, o brocardo* jura novit curia. *Nos Tribunais, não está o plenário (...) adstrito aos fundamentos indicados na argüição, isto é, a verificar a compatibilidade entre a lei ou o ato normativo e a determinada regra (...) da Constituição, com que o argüente afirma existir conflito (...).*"

da norma validada pelo Supremo, com base em novos argumentos jurídicos, se, face à teoria da causa de pedir aberta, estes argumentos já haviam sido sopesados, por ser medida necessariamente pressuposta à confirmação da constitucionalidade do enunciado normativo? Nesta hipótese, o que se deduz é a absoluta impossibilidade jurídica de se refutar, no exercício do controle concreto de constitucionalidade, a regra vinculante incidente retirada do texto normativo declarado constitucional pelo STF.

O mesmo não ocorre se considerarmos a fundamentação como vinculante, pois não há como se entender que a decisão definitiva pudesse ter sido tomada com apoio em outros argumentos omitidos na respectiva motivação. A vinculação dos motivos determinantes da decisão impõe a explicitação pelo Supremo Tribunal Federal de toda a *argumentação* que tenha aptidão para sustentar a constitucionalidade do enunciado normativo de validade questionável, exatamente por possibilitar ao aplicador do Direito retirar, dessas razões determinantes, os elementos que sustentam a segurança jurídica e a igualdade de tratamento e, com efeito, compará-los com os que embasam os princípios preponderantes na situação conflituosa pendente de solução.

Em sentido semelhante, Celso de Albuquerque Silva:

> (...) o efeito vinculante precisa superar a visão clássica dos efeitos da coisa julgada que se limita à parte dispositiva da sentença para abranger também os seus fundamentos justificantes. (...) Isso tanto mais é verdade, que o princípio que governa o caso e, *a fortiori*, vincula o resultado nos casos subsequentes, só pode ser aferido quando cotejado com as razões justificadoras do resultado (...). Nesse sentido, o holding do caso vinculante é, na verdade, um princípio mais abstrato, geral e amplo, extraído da fundamentação da sentença que, a exemplo de uma norma legislada, se dirige de um lado a todos os membros da coletividade, e de outro, se refere a um grupo ou coletividade de fatos e circunstâncias dos quais, os fatos do caso vinculante representam apenas uma individualização.(...) De vê-se, portanto, que o efeito vinculante postula uma eficácia adicional à decisão proferida, transcendendo os limites inerentes à eficácia *erga omnes* da decisão, para o fito de determinar aos órgãos estatais por ele abrangidos que não se limitem a obedecer ao conteúdo do dispositivo sentencial, senão que, desbordando deste limite, observem a norma abstrata que é extraída do *decisum*. [150]

Nesta situação, o afastamento de regra vinculante do caso particular será legitimada pela comprovada incompatibilidade entre os seus motivos determinantes e as razões fundantes da regra concreta que fora posteriormente fixada, em conformidade com a unidade constitucional, visando à pacificação da nova situação da vida conflituosa.

Não olvidemos que a jurisdição "*não tem vocações às generalizações*".[151] Por natureza, esta vocação é do legislador. Em respeito aos princípios democrático e da separação dos poderes, o Judiciário só pode criar regras genéricas quando provocado (CPC,art.2.º) e estiver expressamente autorizado. Na

[150]SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. p. 224-227.
[151]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4.ªed. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 243; GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**.Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 14.

hipótese, a autorização está na Constituição, sob certas condições, definidas por interpretação sistemática de seus dispositivos pertinentes (*e.g.*, art.5.º,XXXV, art.93, IX, art.102, §2.º e art.103-A, *caput*).

Quando, porventura, a Suprema Corte decide com *pretensões generalizantes* (*v.g.*, declarando a constitucionalidade em ADI ou ADC, firmando interpretação conforme ou fixando súmulas), deve expor, coerente e convincentemente, as *razões* que a conduziram à decisão tomada, por ser este um fator imprescindível ao adequado atendimento das expectativas legítimas dos carentes de tutela (proteção da confiança). Além disso, destaca-se o papel de "representação argumentativa" atribuído ao Judiciário, dentro de um Estado Democrático e Constitucional. Pois, como bem questionou (e respondeu) Robert Alexy:

> (…) porque (sic) a sentença do tribunal constitucional "A lei G é anticonstitucional" deve – em geral, só implicitamente – ser preferida à sentença do parlamento "A lei G é de acordo com a constituição"[?]. A resposta reside no conceito da representação argumentativa. A representação do povo por um tribunal constitucional distingue-se daquela pelo parlamento pelo fato de a representação por um tribunal constitucional ser puramente argumentativa ou discursiva, enquanto aquela pelo parlamento ter um caráter tanto argumentativo ou discursivo como volitivo ou decisionista. Sob esse aspecto, a representação pelo tribunal constitucional tem um caráter mais ideal que aquela pelo parlamento e, isso, é o fundamento para a primazia da sentença do tribunal constitucional diante daquela do parlamento.[152]

Todavia, pode-se argumentar que uma decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade não cria qualquer regra geral e abstrata, mas tão-somente declara a validade de um ato normativo vigente, cuja constitucionalidade estava sendo colocada em dúvida. Então, seria inadequado se falar em *pretensão generalizante*. Engano. É inequívoco que a *declaração de constitucionalidade* apenas ratifica enunciado normativo em vigor, editado pelo órgão competente no exercício de suas funções legislativas. Entretanto, a partir do momento em que a *declaração de constitucionalidade* outorga eficácia plena à regra da vinculatividade, impedindo, consequentemente, que as demais instâncias julgadoras desconsiderem o texto legal (de constitucionalidade confirmada pelo STF) como premissa maior à descoberta da regra jurídica adequada a solucionar o conflito concreto, a respectiva decisão declaratória de constitucionalidade assume um *status* análogo a qualquer outra regra geral e abstrata, em virtude da pretensão vinculante de seu conteúdo declaratório (reconhecimento da validade do texto normativo).

Ademais, quando regra infraconstitucional (constante no Código de Processo Civil) estabelece que apenas o *dispositivo* da decisão definitiva vincula, é porque nele está contida a *regra individual e concreta* que soluciona o problema posto em juízo. Em hipóteses de conflitos interpessoais, o fundamento da decisão (da regra concreta fixada) é mero alicerce, sobre o qual o comando concreto se apoia. Ou seja, as soluções dadas pelo juiz a cada questão prévia, e que vão expostas na motivação determinante da decisão, em nada influem na esfera da vida dos demais indivíduos juridicamente desinteressados, alheios ao conflito, e tampouco constituem a resposta do

[152]ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 16.

Poder Judiciário para a resolução do problema. O que efetivamente aguardam os litigantes é a regra concreta que o juiz estabelecerá para dirimir a lide.[153] Daí, a nosso entender, o porquê da não-vinculatividade dos motivos constitutivos da fundamentação em decisões particulares em controle concreto.

A presença de tal dispositivo no sistema jurídico não é argumento capaz de justificar a *não-vinculatividade* dos motivos determinantes de uma decisão proferida em controle abstrato de constitucionalidade, simplesmente, porque esta decisão não constitui regra concreta e individualizada, que vise tão-somente a solucionar definitivamente um litígio concreto específico, mas, sim, regra geral e abstrata que, como toda norma, possui razões justificantes, que orientam a sua aplicação. Por isso a relevância da vinculação dos motivos determinantes.

O mesmo raciocínio se aplica aos motivos justificantes da regra com pretensão vinculante fixada em súmula, editada de acordo com as diretrizes constitucionais (CF,art.103-A,*caput*). Nas palavras de Roger Stiefmann,

> (...) a atribuição de efeito vinculante às súmulas, a exemplo do que sucede em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de normas, tem como resultado prático a imposição de seus fundamentos determinantes aos órgãos e poderes especificados na norma constitucional. A *ratio decidendi* do verbete sumular – objeto da vinculação – alcança, na hipótese, os princípios e interpretações asseverados na motivação dos reiterados julgados que embasaram a sua edição. Em outras palavras: os fundamentos determinantes das súmulas são os fundamentos determinantes dos precedentes que lhes deram origem.(...) Desse modo, cumprirá aos destinatários do efeito vinculante observar não só o enunciado da súmula, mas também as **condições e circunstâncias em que tem aplicação**. [154]

Ressalte-se ainda que, nos termos do Código de Processo Civil, o mero aclaramento de questões incidentais, integrante da fundamentação das regras concretas, fixadas pelos juízes em suas decisões em controle difuso, não tem o caráter de definitividade (art.469,I e II[155]), por não ser tal elucidação a função precípua dos órgãos de jurisdição ordinária.[156] Os juízes, ordinariamente, resolvem problemas particularizados, sendo irrelevante para terceiros (estranhos ao conflito) o modo como fora solucionado as questões prévias, pelo fato de não interferir em seus respectivos patrimônios jurídicos.

Porém, a solução de questões incidentais pelo órgão guardião da Constituição, que dê suporte a criação de regra vinculante (que tem pretensão universalizante), não pode se sujeitar à restrição imposta pela regra processual infraconstitucional. Isso porque, sendo um dos requisitos para a criação de regra vinculante (art.103-A,*caput*), a existência de decisões reiteradas, com iguais conclusões e, supostamente, iguais fundamentos, não faria sentido algum deixar de atribuir também o caráter de definitividade (e também vinculante) às soluções incidentais. Se estas se sujeitassem a variações tal

---

[153]DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos** .. p. 244.

[154]LEAL, Roger Stiefmann. **O Efeito Vinculante**. p. 177. Grifo nosso.

[155]"Não fazem coisa julgada: I- os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II- a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença".

[156]Na doutrina, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p. 244.

como acontece no controle jurisdicional difuso, não haveria decisões reiteradas e no mesmo sentido de controvérsias semelhantes. O argumento, além de jurídico (conforme a Constituição), é também lógico.

Em verdade, é a própria Constituição que abarca o fundamento de legitimação da tese jurídica da vinculação dos motivos determinantes da decisão em controle abstrato.[157] Este fundamento consiste no reconhecimento do direito fundamental à tutela efetiva e tempestiva (art.5.º,XXXV),[158] que, em determinados momentos, só poderá ser concretizado pela não-observância da regra da vinculatividade. Ou seja, i) pela superação de regra extraída de texto normativo validado pelo STF, ou ii) pela superação de norma contida em súmula desta Corte.

O fato de estar expresso na Constituição, que as "*decisões definitivas de mérito*" proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade terão *efeitos vinculantes* (art.102,§2.º), por si só, não é óbice à atribuição de força vinculante às razões determinantes da respectiva decisão definitiva de mérito. A Constituição é um sistema de normas (regras e princípios) explícitas e implícitas, que devem ser interpretadas sistematicamente,[159] a fim de que realmente se proporcione segurança jurídica aos jurisdicionados, assegurando-lhes o devido respeito às suas expectativas legítimas na obtenção de uma tutela jurídica condizente com o conteúdo normativo constitucional (proteção da confiança).

Pelo exposto, ficou claro ser muito mais atentatória à evolução do Direito a adoção da tese contrária, segundo a qual apenas o conteúdo decisório produz efeito vinculante.[160] Pois não há como compatibilizar i) *a necessidade de evolução do Direito*, mediante interpretação progressiva dos enunciados vigentes, com ii) a idéia de "*causa de pedir aberta*" adotada *in terra brasilis*. E por um simples motivo: a tese da *causa de pedir aberta* atribui implicitamente ao Supremo Tribunal Federal, por presunção absoluta, a capacidade de decidir *sempre com perfeição* e, por isso, não haveria razão para se contestar o efeito vinculante de seu veredicto. Afinal, todos os argumentos possíveis e imagináveis já teriam sido (presumidamente) apreciados e ponderados. Por consequência, se a regra contida no dispositivo ratificado incide sobre algum caso em determinado momento, pouco importa: ela seria incondicionalmente aplicável. Qualquer nuance fática que porventura reivindicasse um afastamento da regra vinculante tornar-se-ia irrelevante, por já ter sido considerada antes, por força da teoria da causa de pedir aberta.

8. Conclusão

Das ideias desenvolvidas, chegamos a duas conclusões. A primeira delas: vale a pena mantermos continuamente em nosso íntimo uma ponta de insatisfação com o *status quo*, isto é, com a situação *estabelecida*. Não porque ela seja ruim; mas porque sempre é possível melhorá-la. E não nos referimos apenas ao *status quo* jurídico, não. Seja "*o estabelecido*" uma situação social, econômica, tecnológica, cultural ou de qualquer outra natureza, o menor

[157]Em sentido contrário, cf. ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.p.142-143.
[158]MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. p. 185-189.
[159]ZIPPELIUS, Reinhold. **Juristische Methodenlehre**. p. 51.
[160] Por todos, CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 257, 404 e 406.

inconformismo que seja poderá incentivar ou ensejar mudanças em prol de toda a comunidade.

A segunda conclusão advém desse conformismo indesejável. Conformismo que pode nos limitar a capacidade de raciocínio e o senso crítico sobre as noções consolidadas por tradição ou consenso, apesar de elas serem refutáveis sob algum aspecto. Ou seja: **devemos ter a coragem de defender nossas próprias ideias, com coerência (logicidade) e consistência (sem contradições)**, **impedindo a nossa inteligência de se tornar "*satelizada*"**, no sentido atribuído por Souto Maior Borges:

> Lamentavelmente porém, na vida literária, há pessoas que se contentam em gravitar ao redor de um pensador ou escritor de talento, atraídas pelo seu brilho. Renunciam, por essa via, à ousadia intelectual, numa espécie de autoregulação mutiladora de suas próprias virtudes intelectuais adormecidas. Contentem-se com um papel "modesto", i.é., secundário na vida do espírito. Dá-se então o fenômeno, altamente perturbador pela sua persistência insinuante, da **satelização da inteligência**. Essas pessoas gravitam em torno do pensamento alheio como satélites apenas iluminados pelo fulgor do astro-rei.[161]

Pode-se ainda questionar se há pertinência entre ambas as conclusões e a tese do *efeito vinculante relativo*, a qual sustentamos. Na verdade, queremos chamar a atenção do juiz, o homem que está investido na tarefa de julgar e interferir na vida dos cidadãos. A este agente público não é concedido o direito de se conformar pura e simplesmente com "*o estabelecido*". E mormente se a conformidade for apoiada em "*argumento de autoridade*"! Seja quem for a *autoridade*! Inclusive, se o argumento de autoridade (a regra vinculante) vier da Suprema Corte.

O argumento de autoridade é assim explicado (e criticado) por Chaim Perelman:

> (...) existe uma série de argumentos cujo alcance é totalmente condicionado pelo prestígio. (...) O argumento pelo prestígio mais nitidamente caracterizado é o argumento de autoridade, o qual utiliza atos e juízos de uma pessoa ou de um grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese.(...) O argumento de autoridade é o modo de raciocínio retórico que foi mais intensamente atacado por ter sido, nos meios hostis à livre pesquisa científica, o mais largamente utilizado, e isso de uma maneira abusiva, peremptória, ou seja, concedendo-lhe um valor coercitivo, como se as autoridades invocadas houvessem sido infalíveis.[162]

---

[161]BORGES, José Souto Maior. **Ciência Feliz**.2.ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 29. Grifo nosso.

[162]PERELMAN, Chäim e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 347-353. Karin Liebhart, doutora em ciência política pela Universidade de Viena, dá uma interessante explicação: "O argumento de autoridade transporta a autoridade de uma pessoa para a decisão ou para a ação, com o objetivo de obter a concordância. Uma tal ligação [entre o indivíduo e sua ação] pode ser usada também para atribuir o ato de uma pessoa a uma situação de exceção, ou seja, para dissociar a ação da pessoa. A redução [a esse argumento] apenas acentua aquelas ações de um indivíduo que sejam vantajosas à argumentação. No cotidiano político, essa redução ao argumento de autoridade é uma técnica freqüentemente empregada." No original: "*Das*

Se aceitarmos meramente este argumento, sem, contudo, estudarmos as suas *razões justificantes*, presumivelmente estaremos fadados a utilizá-lo de modo inadequado no caso concreto. No que tange à atividade jurisdicional, o mero conformismo do juiz com o argumento de autoridade (fazendo com que aplique a regra vinculante incidente, de modo mecânico, acrítico ou absoluto) mostra-se incompatível como o dever constitucional de fundamentar i) a escolha das premissas (justificação externa), a partir das quais a decisão partirá, ii) a escolha do método jurídico de aplicação do Direito, iii) o porquê da primazia de certas razões como justificativa para a regra concreta de decisão, assim como iv) os motivos de rechaço dos argumentos contrapostos.

O *conformismo* dos julgadores com o argumento de autoridade torna-se não apenas um empecilho ao desenvolvimento jurisdicional do Direito, por engessá-lo. Ele evidencia, de fato, i) o descaso do Poder Judiciário com as justificativas das pretensões dos jurisdicionados, levadas à sua apreciação, e ii) a inutilidade da dogmática jurídica para auxiliar na evolução do Direito. Como adverte Javier Hervada: "*Nem os conceitos, nem os sistemas, nem as teorias gerais servem, se não estiverem a serviço do que é justo em cada caso. Servem se ajudam a descobrir e declarar o justo em cada relação social específica. São abomináveis se dão rigidez à solução dos casos, se mascaram o justo em vez de descobri-lo.*"[163]Mas esta seria a consequência inevitável.

Seguir acriticamente a ideia dominante (aplicação absoluta da norma) ou se arriscar a demonstrar a fragilidade de seus motivos justificantes? Ficamos com a segunda opção, porque o conformismo do julgador significa o enfraquecimento da legitimidade democrática do Poder Judiciário, assim como o desprezo pela construção de uma sociedade justa, via aplicação de normas. E se isto ocorrer, estaremos dando o primeiro passo para o desmantelamento do Estado de Direito e, ao fim e ao cabo, dos direitos fundamentais.

Para reflexão, encerramos com a advertência de Alysson Leandro Mascaro:

> A preocupação sobre o justo e injusto deve ser a mais alta preocupação do jurista. Aquele que disser que não quer trabalhar com os problemas da justiça porque esta é uma questão ideológica, automaticamente já escolheu um lado e tomou partido, ideologicamente, da questão: quem nada faz pela justiça do mundo não é um técnico neutro; pelo contrário, é um omisso que legitima a injustiça pelas suas mãos lavadas. Quem se nega a fazer juízo de valor sobre a sociedade existente, querendo ser apenas um técnico jurídico,

---

Autoritätsargument uberträgt die Autorität einer Person auf das Urteil oder die Handlung jeder Person mit dem Ziel Zustimmung (...) zu erreichen. Eine solche Verbindung kann auch dazu verwendet werden, die Handlung einer Person einer Ausnahmesituation zuzuschreiben, die Handlung von der Person zu trennen. Die Drosselung unterstreicht nur jene Handlungen einer Person, die für die Argumentation vorteilhaft sind. Im politischen Alltag ist sie eine häufig verwendete Technik."LIEBHART, Karin. **Rhetorik und politische Sprache**. **Die Rhetorik nach Aristóteles und Chäim Perelman am Beispiel einer Rede von Silvio Berlusconi**. Schriftliche Arbeit zum Proseminar aus Politischer Ideengeschichte: Politische Symbole, Bilder und Metaphern. p.16. Disponível no site http://www.unet.univie.ac.at/ã9726350/Texte/Rhetorik%20und%20Politik.pdf.

[163]HERVADA, Javier. **O que é o direito? A moderna resposta do realismo jurídico**. p. 34-35.

já fez o juízo de valor de apoiar e legitimar esse atual estado de coisas. Portanto não é nem neutro nem técnico. É, deliberadamente, conservador, e lhe agrada o podre cheiro das injustiças sociais presentes.[164]

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BARIFOUSE, Leonardo. Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-LEONARDO-BARIFOUSE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

[164]MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. p. 236-237.