

**A (INS) ESTABILIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES NO BRASIL:
UMA LEITURA EQUIVOCADA DA TEORIA DOS PRECEDENTES
JUDICIAIS DO SISTEMA *COMMON LAW***

Graziela Parreira Brianezi

Advogada e Mestranda em Constitucionalismo e
Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas- Pouso Alegre-MG

Recebido em: 15/04/2013

Aprovado em: 09/05/2013

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito nos levar a uma reflexão sobre a necessidade de uma aplicação cautelosa das súmulas vinculantes pelos Tribunais brasileiros, uma vez que nossa realidade jurídica comprova que, ao prestigiarem a celeridade processual, com a construção de verbetes ou súmulas visando à solução de casos futuros, com a simples subsunção do caso ao texto, nossos aplicadores do direito acabam por sacrificar as especificidades de cada caso concreto, o que evidencia ainda a não superação da problemática dos métodos.

Palavras-chave: Súmulas vinculantes. Teoria dos precedentes judiciais. *Common Law*. Leitura equivocada.

**THE (INS) STABILITY OF SUMULAS BINDING IN BRAZIL: A MISTAKEN READING OF
THE THEORY OF JUDICIAL PRECEDENTS OF SYSTEM COMMON LAW**

ABSTRACT

The present work aims to lead us to reflect on the need for a cautious application of binding precedents by Brazilian courts, since our legal reality proves that by sanctioning the celerity with building entries or overviews aimed at solving future cases, with simple subsumption of the case to the text, our law enforcers end up sacrificing the specifics of each case, which reveals not overcome the problem of methods.

Keywords: Binding precedents. Theory of judicial precedents. Common Law. Reading mistaken.

1 INTRODUÇÃO

A súmula vinculante, inserida em nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi inspirada na teoria do *stare decisis* adotada por países filiados ao sistema *common law*.

Com a pretensão de garantir a celeridade processual e o tratamento igualitário entre os jurisdicionados, ela ingressou para o ordenamento jurídico brasileiro numa releitura equivocada desta teoria.

A súmula vinculante vem sendo utilizada desbravadamente como um mecanismo de fechamento interpretativo, ou seja, através dela, o Supremo Tribunal Federal tenta, a todo custo, aprisionar conceitos e prever fatos futuros, uma ideia com “viés anti-hermenêutico”¹ e ainda enraizado no positivismo exegético.

Contrariamente, a teoria dos precedentes judiciais seguida pelos países do *common law* exige um estudo do caso paradigma ou dos casos paradigmas, do caso concreto a ser solucionado e dos motivos que fundamentaram aquela tomada de decisão. Aqui, há a preocupação com a tradição, com a história do passado, a história do presente e com as peculiaridades de cada caso concreto.

2 RELAÇÃO ENTRE SÚMULA VINCULANTE E PRECEDENTE JUDICIAL

Sob a influência da teoria do *stare decisis* adotada em países seguidores do sistema jurídico do *common law*, a súmula vinculante foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, visando à garantia constitucional da celeridade processual, prevista no Art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal, através da vinculação do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta às súmulas editadas pelo Superior Tribunal Federal.

Referida teoria derivada da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*², ou seja, mantenha a decisão como foi prolatada, consiste em vincular nos casos futuros a decisão proferida em

1 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

2 A proposta é, pois, de que nos países onde se segue a tradição anglo-saxônica da *common Law*, a decisão jurisprudencial assuma a função não apenas de dirimir determinada controvérsia posta à apreciação do juízo, mas, além disto, também desempenhe a tarefa de estabelecer um precedente com força vinculante, de modo a assegurar que no futuro, em caso análogo, venha a ser decidido da mesma forma. Sérgio Gilberto Porto. Sobre a *Common Law* e o precedente judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>.10/maio/2010. Acesso em: 28 dez. 2012.

caso anterior que guarde similitude com aquele. Nesse sistema, a vinculação não é automática, examina-se se o princípio que pode ser extraído do precedente consiste na sua fundamentação ou trata-se apenas de um *dictum*³, isto é, opinião para complementação de raciocínio. A regra é a construção dos precedentes para decidir casos passados, ou casos concretos; sua aplicação a casos futuros é exceção.

Deste modo, a vinculação futura no *common law* depende da *ratio decidendi*⁴ de um caso, ou seja, dos motivos que fundamentaram aquela tomada de decisão por determinado caminho e não por outro, evitando-se, assim, arbitrariedades nas decisões judiciais.

Contrariando esta construção, as súmulas como aplicadas no Brasil tratam-se de enunciados gerais e abstratos, criados para aplicação a casos futuros, numa tentativa de antever e aprisionar conceitos e fatos. Segundo Georges Abboud:

O pensamento jurídico dominante é refratário ao acesso hermenêutico ao direito, acreditando que a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei, dessa forma, o STF passa a agir como único intérprete autêntico da Constituição Federal ao emitir a súmula vinculante, pois estaria evidenciando a norma que deveria ser aplicada aos casos idênticos, privilegiando, assim, o princípio da isonomia dos jurisdicionados.⁵

Acredita-se que a súmula vinculante uma vez editada resolveria todos os problemas idênticos, mediante subsunção dos fatos às ementas ou previsões normativas, garantindo, assim, tratamento igualitário aos jurisdicionados. Seus defensores ignoram a instabilidade do direito e as particularidades de cada caso concreto, dando respostas antes mesmo das perguntas. Um retrocesso ao século XIX, no positivismo exegético que considerava a norma como geral e o juiz, em razão da cisão entre direito e fato, ficava restrito à subsunção do fato à norma, sendo a “boca que pronunciava a lei.”⁶

Essa idéia é contrária a toda construção hermenêutica evidenciada no século XX introduzida

3 STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

4 “[...] *ratio decidendi*, é possível dizer que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir da qual é decidido o caso concreto. Em suma, ela é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso. Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.” STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

5 ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

6 STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

principalmente por Heidegger⁷, Wittgenstein⁸ e mais tarde reafirmada por Hans-George Gadamer⁹.

Para Gadamer, no plano de uma hermenêutica que supere o esquema sujeito-objeto, faz-se necessário ter em mente que, para interpretar, é necessário compreender e, para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia de sentido¹⁰, ou seja, pré-compreensão. É em nosso modo de compreensão como ser no mundo que o sentido do texto, ou seja, a norma surgirá como produto hermenêutico a partir da carga histórica do intérprete. Contrariando, assim, a tradição do racionalismo moderno, a hermenêutica não buscou uma análise por meio de métodos para se alcançar um conhecimento seguro, mas buscou a compreensão e a interpretação das coisas.

[...] Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. Não se interessa por um método de compreensão que permita submeter os textos, como qualquer outro objeto da experiência, ao conhecimento científico. Tampouco se interessa primeiramente em construir um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência, embora também aqui se trate de conhecimento e de verdade. Ao se compreender a tradição não se compreendem apenas textos, mas também se adquirem discernimentos e se reconhecem verdades.¹¹

Diferentemente de como ocorre na hermenêutica filosófica que admite existir diferença entre texto jurídico (lei) e sentido do texto (norma) e que o texto não traz consigo um sentido entificado, aquele que edita uma súmula ou uma ementa e dela se utiliza sem considerar as peculiaridades e o momento histórico daquele caso concreto posto está igualando texto e norma, lei e direito.

7 Martin Heidegger, filósofo alemão. Entre as principais obras de Heidegger encontram-se: "Novas Indagações sobre Lógica" (1912), "O Problema da Realidade na Filosofia Moderna" (1912), "A Doutrina do Juízo no Psicologismo - Uma Contribuição Crítico-positiva à Lógica" (1914), "A Doutrina das Categorias e da Significação em Duns Scoto" (1916), "O Conceito de Tempo na Ciência da História" (1916), "Ser e Tempo" (1927), "Que é Metafísica?" (1929), "Da Essência do Fundamento" (1929), "Kant e o Problema da Metafísica" (1929), Hölderlin e a Essência da Poesia" (1936). Faleceu em 1976. STRATHER, Paul. **Heidegger em 90 minutos**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

8 Ludwig Joseph Johann Wittgenstein, filósofo austríaco, naturalizado britânico, foi um dos principais atores da virada linguística na filosofia do século XX. Suas principais contribuições foram feitas nos campos da lógica, filosofia da linguagem, filosofia da matemática e filosofia da mente. Faleceu em 1951. STRATHER, Paul. **Heidegger em 90 minutos**. Trad. Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

9 Hans-George Gadamer, filósofo alemão considerado um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica. Sua obra de maior impacto foi *Verdade e Método*. Faleceu em 2002.

10 STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097033070.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2012.

11 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meuwrer. Petropolis, RJ: Vozes, 2007.

Esse pensamento dominante no sistema jurídico brasileiro incorre em um erro crasso, uma vez que a súmula também pode ser interpretada, por mais objetiva que seja, não se tratando de norma pronta, apta a solucionar diversos casos semelhantes por silogismo. Deste modo, para correta e efetiva aplicação da súmula vinculante, sem ignorar as particularidades de cada caso concreto, uma vez considerada texto normativo, deve solucionar o caso hermenêuticamente e não mecanicamente.¹² Isto porque, segundo Ronald Dworkin (2006, pág. 132), "[...] não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes".

3 DISTINÇÃO ENTRE SÚMULA VINCULANTE E PRECEDENTES DO *COMMON LAW*

A primeira distinção importante a ser destacada é a maneira como as súmulas vinculantes e precedentes judiciais ingressaram em seus respectivos sistemas jurídicos.

Enquanto a força dos precedentes reside na tradição, fruto de evolução histórica, não havendo, portanto, lei escrita regramdo sua aplicabilidade, no Brasil há obrigatoriedade de aplicação da súmula vinculante, por meio de emenda constitucional, valendo pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram a decisão de determinado Tribunal.

Quanto à aplicabilidade, enquanto o precedente é utilizado como problematização e fundamentação para casos semelhantes, com a ponderação de valores existentes naquele caso sob análise, o teor da súmula vinculante é tido como entidade geral e abstrata, solucionando os casos por meio do critério de subsunção.

A súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei, que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, enquanto que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da ponderação de cada caso concreto.¹³

Nessa altura, é prudente destacar que o precedente não pode ser confundido com a jurisprudência, uma vez que aquele pode ser constituído a partir de uma única decisão que lhe seja anterior, como por exemplo, o paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, cujo precedente originário foi a possibilidade do judiciário realizar o *judicial review* das leis. Isso implica dizer que, para utilização

¹² ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹³ Op.cit. p. 363.

deste precedente, não é necessário identificar nenhuma semelhança fática entre o caso em que vai ser aplicado o precedente e o caso que lhe deu origem. Já a jurisprudência para ser aplicada na solução de casos jurídicos necessita de uma correspondência fática entre os casos que lhe originaram e os que serão por ela solucionados, tendo, portanto, sua origem nas reiteradas decisões dos Tribunais.

Em se tratando do alcance ou conteúdo, a súmula vinculante possui conteúdo facilmente evidenciado no texto da ementa proferida pelo Supremo Tribunal Federal, encerrando-se, portanto, em um texto normativo que é válido após sua publicação. Será sempre de conteúdo impreciso e vago, possuindo força em razão da autoridade que a promulga. Já o precedente é identificado no caso decidido, por isso, toda fundamentação utilizada na formulação do precedente deve ser considerada. Será sempre resultado de cautelosa fundamentação judicial baseada em um amplo contraditório exercido pelas partes.

Quanto à teleologia, destaca-se que os precedentes surgiram primeiramente para limitar os poderes do rei, garantindo ao Judiciário maior liberdade na interpretação das leis e também proporcionar segurança jurídica garantindo a previsibilidade das decisões, conferindo aos juízes maior controle sobre a interpretação e aplicação da lei e ao Judiciário sobre os casos futuros. Contrariamente, as súmulas vinculantes são características de Estados autoritários, cuja principal função não é a garantia da segurança jurídica, mas a garantia de um importante instrumento à disposição do Executivo para que controle o Legislativo por meio, por exemplo, de Medidas Provisórias e controle do Judiciário.¹⁴

Conclui-se, entretanto, que o precedente dinamiza o direito, isto porque, sempre quando embasar uma nova decisão, seu conteúdo é passível de ajustes jurisprudenciais conforme a necessidade histórica e pessoal daquele caso concreto. Já a súmula vinculante como proposta não admite ajustes jurisprudenciais e ponderação racional¹⁵, remetendo o julgador à metáfora do juiz “boca da lei”.¹⁶

4 BRASIL: UMA LEITURA EQUIVOCADA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

O Brasil, em uma leitura equivocada da teoria dos precedentes judiciais do *common law*, vinculou nosso sistema jurídico por meio das súmulas e outros mecanismos, como a repercussão geral,

¹⁴ Op.cit. p. 369 e 370

¹⁵ Op.cit. p. 372.

¹⁶ Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril, 1973.

por exemplo, sem levar em consideração a possibilidade dos aplicadores do direito se acomodarem diante dos simples ementários.

Na tentativa de abarcar todas as hipóteses de aplicação, num fechamento de conceitos e prestigiando a celeridade processual, com a construção de verbetes jurisprudenciais ou mesmo súmulas¹⁷ para solucionar casos futuros com a simples subsunção do caso ao texto, nossos aplicadores do direito acabam por sacrificar as particularidades do caso concreto, o que evidencia ainda a não superação da problemática dos métodos, considerados, pelos positivistas, segurança na atribuição de sentidos, ignorando, deste modo, o elemento hermenêutico que se manifesta em todo ato interpretativo.

Embora a teoria dos precedentes tenha como regra a vinculação ao que já foi anteriormente decidido, há técnicas voltadas para sua não aplicação, o que a torna bem diferenciada.

Uma das técnicas é o *distinguish*¹⁸, ou distinção dos casos, ou seja, condição de que o caso sob análise encontre similitude com o caso que originou o precedente vinculativo, no que se diz respeito aos seus fatos fundamentais. Essa análise, portanto, é realizada com muita cautela pelo aplicador do direito, a fim de que não ocorra a anulação dos princípios do sistema jurídico, nem aplicação do precedente a casos não semelhantes.

Outra importante técnica de controle de aplicabilidade dos precedentes é o *overruling*¹⁹ que consiste na possibilidade de se revogar o precedente quando se entender que houve uma interpretação errônea do direito.

É bem verdade que estamos na contramão da idéia de precedentes judiciais, bem como da hermenêutica.

Nossos aplicadores do direito ainda não recepcionaram o giro ontológico-linguístico e isso faz com que continuem a pensar em uma realidade capaz de fundamentar discursos jurídicos de um sujeito

17 As súmulas, assim como os ementários que (pré)dominam as práticas judiciárias, tem a pretensão de possuírem uma substância comum a todas “as demandas” (causas). Isso explica as razões pelas quais não mais discutimos causas no direito e, sim, somente teses. Essas teses transformadas em super-enunciados – proporcionam “respostas antecipadas”. No fundo trata-se de um “sonho” de que a interpretação do direito seja isomórfica. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

18 [...] a técnica do *distinguish* dever ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato sub judice pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento a contrario para fixar uma interpretação restritiva da ratio decidendi do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato sub judice não pode ser subsumido no precedente[...]. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

19 O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas judicial departures, ou seja, dos casos de afastamento de uma regra jurisprudencial. Op. cit., 387.

solipsista, preso ao positivismo legalista que entende a interpretação como o ato através do qual se revela a vontade da lei, quando na verdade, deveríamos nos ver como seres-no-mundo, ou seja, fora de nós nos relacionando com as coisas e com o mundo e este mundo como um espaço compartilhado, onde cada um deve prestar contas ao outro, sendo o acesso a esse mundo alcançado através da linguagem e quando pensamos a linguagem damos um passo para além da subjetividade.

Esse enraizamento no positivismo que se realiza na discricionariedade, apostando na razão teórica e deixando de fora as questões relativas à razão prática, acredita ser possível respostas antes das perguntas, exatamente como ocorre com as súmulas vinculantes, contrariando a hermenêutica que defende que não há respostas/interpretações/aplicações antes da manifestação do caso concreto (diferença ontológica) a ser decidido, isto pois, segundo Lênio Streck (2011, p. 275) “[...] Cada interpretação é uma interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isso, é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que devemos despertar para a utilização do mecanismo das súmulas vinculantes de forma consciente, lançando mão da interpretação por meio de uma mediação com a tradição, posto que a tradição é linguagem.

Através de sua atualização ao longo dos anos, os textos se integram e vão transformando a compreensão, uma vez que, depois de nós, outros interpretarão de forma cada vez mais diferente²⁰. É a consciência da história efetual²¹ ou a noção de integridade²², ou seja, o diálogo hermenêutico entre passado e presente que possibilita a compreensão de um texto.

É com essa idéia de interpretação que as súmulas vinculantes deixarão de aprisionar conceitos, na tentativa de antever fatos e aí sim estarão garantindo maior efetividade e tratamento igualitário aos que buscam a solução da sua demanda.

É sabido que hoje as súmulas vinculantes vêm sendo aplicadas de forma mecânica, ou seja, o aplicador do direito parte da ementa, do resumo daquela decisão, não se preocupando, portanto, com os

20 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma explosão hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

21 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

22 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

fundamentos jurídicos que deram origem a ela. São esses fundamentos jurídicos que deveriam ter importância e deveriam ser ponderados com os fundamentos jurídicos de cada caso específico, pois, somente analisando as particularidades de cada caso, pode se chegar a uma decisão mais coerente e justa.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BUSTAMANTE, T. da R. de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

DWORKIN, R. **Direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, H. G. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meuwrer. Petropolis, RJ: Vozes, 2007.

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

PORTO, S. G. **Sobre a *Common Law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-oratado.pdf>>.10/maio/2010. Acesso em: 28 dez. 2012.

STRATHER, P. **Heidegger em 90 minutos**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. **Heidegger em 90 minutos**. Trad. Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

STRECK, L. L.; ABOUD, G. **O que é isto?** O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, L. L.. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Hermenêutica e possibilidades críticas do direito: ensaio sobre a cegueira positivista**. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/097033070.pdf>> Acesso em: 24 nov. 2012.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma explosão hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.