GRACE CHRISTHINE DE OLIVEIRA GOSSON

# APLICAÇÃO DE SÚMULA "VINCULANTE" AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

MESTRADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

# Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

GRACE CHRISTHINE DE OLIVEIRA GOSSON

# APLICAÇÃO DE SÚMULA "VINCULANTE" AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito do Estado, sub-área de Direito Tributário, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007

**BANCA EXAMINADORA**

_____

_____

_____

“Para ser o que sou hoje, fui vários homens
e, se volto a encontrar-me com os homens que fui,
não me envergonho deles. Foram etapas do que sou.
Tudo o que sei custou as dores das experiências.
Tenho respeito pelos que procuram,
pelos que tateiam, pelos que erram.
E, o que é mais importante,
estou persuadido de que minha luz
se extinguiria se eu fosse o único a possui-la.”
(Goethe)

AOS MEUS MAIORES TESOUROS:

Ao meu pai Canindé, que me ensinou a sonhar e a ter coragem;
À minha mãe Janeide, pela fé e paciência;
Ao meu irmão George, pela sua dedicação e amizade;
À minha irmã Gihane, pela companhia e cumplicidade;
Ao meu irmão Andrew, em quem enxergo poesia e sensibilidade.

**AGRADECIMENTOS**

Muito tempo nos separa do início de tudo.

O desejo por novas conquistas e a curiosidade de experimentar o desconhecido me impulsionaram a sair das terras potiguares e a trilhar os rumos do mestrado na PUC, em São Paulo. Não sabia eu quanto crescimento acompanharia este novo viver.

Como ninguém é só, isolado ou unitário, parcela desse meu amadurecimento é atribuída a várias pessoas, a quem quero, nesta ocasião, agradecer profundamente:

À família Las Casas, na pessoa da amiga Abigail, pela adoção integral como filha, durante os anos em São Paulo.

Aos amigos potiguares Izabelle e Robson Maia, Flávia Dantas, Elke Mendes Cunha, pelos primeiros votos de confiança e pelos valiosos conselhos acadêmicos. À Yara Gurgel, cuja personalidade forte nos instiga a mudar os paradigmas e a olhar o mundo sob outro foco. A Leonardo Dias, Gustavo Dias e Leonardo Avelino, colegas de trabalho, pelo esforço e dedicação ímpares durante minha ausência e enquanto elaborava esta dissertação.

Aos professores da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, responsáveis pelo meu primeiro contato com o mundo jurídico.

Ao povo brasileiro, que custeou os meus estudos de graduação na UFRN e de mestrado na PUC/SP e, por conseqüência, concedeu-me a oportunidade de integrar a pequena parcela da população beneficiada com a educação superior.

Ao professor Paulo de Barros Carvalho, cujos ensinamentos e dedicação à academia sempre impressionam, personificando a figura do Cientista do Direito.

Agradeço também ao meu Deus, fonte de amor, de sabedoria e de força.

Já dizia o potiguar Diógenes da Cunha Lima[1] que "o natalense emigra, mas leva a cidade no coração para onde vai". Por esse motivo, também rendo homenagens, nesta ocasião, à minha terra Natal, cuja beleza apaixona e era tão saudosa que chegava a doer.

[1] *Natal*: biografia de uma cidade, p. 15.

## RESUMO

A proposta da presente dissertação é oferecer um estudo sobre a aplicação da novel súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal. Para alcançar tal desiderato, traçamos, inicialmente, o sistema de referência adotado e delimitamos o objeto da pesquisa, desenvolvendo as premissas fundamentais, notadamente as noções de conhecimento, de linguagem, de direito, de norma jurídica e de sistema jurídico, vistas sob a ótica do construtivismo jurídico e da teoria analítica do direito.

Em seguida, fizemos um cotejo do efeito "vinculante" das decisões judiciais nos sistemas jurídicos da *common law* e do *civil law,* indicando as suas características e o emprego da teoria do precedente judicial. Aqui, se enfatizou a estrutura judicial de sistemas como o inglês e o norte-americano, para dar maior clareza à aplicação da teoria do *stare decisis*. Passeamos por vários ordenamentos jurídicos*,* apontando como se procede à uniformização jurisprudencial.

Esse estudo de direito comparado mostrou-se relevante para visualizar como se operou a entrada do efeito "vinculante" no sistema jurídico pátrio, e, por conseqüência, enfrentar os múltiplos problemas relacionados à aplicação da súmula "vinculante" ao processo administrativo.

Superadas essas questões, tratamos do efeito "vinculante" no sistema brasileiro e sua relação com o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, explicando a que institutos ele é empregado, tendo analisado o ingresso da súmula "vinculante" por intermédio da Emenda Constitucional 45/2004.

Na seqüência, esmiuçamos a súmula "vinculante" quanto à sua estrutura normativa, às diversas acepções empregadas à expressão, bem como ao remédio jurídico em caso de descumprimento.

Ao cabo dessa exposição, examinamos a aplicação da súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal e as conseqüências resultantes dessa aplicação nas diversas fases processuais (introdutória, instrutória, decisória e recursal).

Finalmente, se oferece uma suma das conclusões do estudo.



**Palavras-chave:** Direito tributário; súmula vinculante; efeito vinculante; vinculação; controle de constitucionalidade; precedente judicial; teoria do *stare decisis*; processo administrativo tributário federal.

## ABSTRACT

The purpose of the present work is offering a study about the application of the binding new abridgment to the federal tributary administrative process. In order to reach such desideratum, we have initially traced the adopted reference system and we have also delimited the research object, developing the fundamental premises, significantly, the notions about knowledge, language, law and juridical rule and system, all of them viewed by the light of the juridical constructivist and by the law analytical theory optics.

Afterwards, we have done a confront of the binding effect of the juridical decisions within the law systems of the common law and the civil law, indicating their characteristics and the exertion of the theory of the judicial precedent. Here it has been emphasized the juridical structure of systems like the English and the North American ones, in order to give better explicitness to the application of the *stare decisis* theory. We have been to several juridical ordainments, showing how to proceed according to the jurisprudential standardization.

This compared law study has revealed itself relevant to us to visualize how the entrance of the binding effect has been operated in the brazilian juridical system and, for consequence, face the multiple problems related to the aplication of the binding abridgment to the administrative process.

These questions overcome, we have treated the binding effect within the Brazilian system and its relation to the constitutionality control of the normative acts and rules, explaining to which institutes the binding effect is conceded, being analyzed the binding abridgment ingress through the Constitutional Emendation n. 45/2004.

In the sequence, we have fragmentized the binding abridgment according to its normative structure, the diverse definitions used related to the expression as well as the juridical medicine in case of disobeying.

At the end of that exposition, we have examined the application of the binding abridgment to the federal tributary administrative process and the resulting consequences of this application in the diverse processual phases (introductive, instructive, decisive and appealing).

Finally, it has been offered a summary of the conclusions of the study.



**Key-words:** Tributary Law; binding abridgment; binding effect; binding; constitutionality control; juridical precedent; *stare decisis* theory; federal tributary administrative process.

## RESUMEN

La propuesta de la presente disertación es ofrecer un estudio a respecto a la aplicación de la nueva suma vinculadora al proceso administrativo tributario federal. Para lograr esa finalidad, trazamos, inicialmente, el sistema de referencia adoptado y demarcamos el objeto de la encuesta, desarrollando las premisas fundamentales, en especial, las nociones del conocimiento, de la lenguaje, del derecho, de norma jurídica y del sistema jurídico, en conformidad con la visión del construtivismo jurídico y la teoría analítica del derecho.

Enseguida hemos hecho una comparación del efecto vinculador de las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos de *common law* y de *civil law,* indicando sus características y la aplicación de la teoria del precedente judicial. En esta ocasión, se realzó la estructura judicial de los sistemas jurídicos como el inglés y el estadounidense, para dar mayor evidencia a la aplicación de la teoria de *stare decisis.* Paseamos por diversas órdenes jurídicas, apuntando como procédese a la uniformación jurisprudencial.

Ese estudio de derecho comparado se ha mostrado relevante para visualizar como se operó la entrada del efecto vinculador en el sistema jurídico patrio, y, por consecuencia, enfrentar las múltiplas cuestiones relacionadas a la aplicación de la suma vinculadora al proceso administrativo.

Superadas estas cuestiones, tratamos del efecto vinculador en el sistema brasileño y su relación con el control de constitucionalidad de leyes y actos normativos, explicando a que institutos concédese dicho efecto, habiendo analizado el ingreso de la suma vinculadora por la mediación de la Enmienda Constitucional 45/2004.

En la secuencia, desmezunamos la suma vinculadora cuanto a su estructura normativa, las diversas acepciones empleadas a la expressión, así como el recurso jurídico en la situación de descumplimiento.

Al término de esta exposición, analizamos la aplicación de la suma vinculadora al proceso administrativo tributário federal y sus consecuencias resultantes de esa aplicación en las diversas fases procesuales (introductoria, instructoria, decisoria y recursal). Por fin, se ofrece un resumen de las conclusiones del estudio.



**Palabras-llave:** Derecho Tributario; suma vinculadora; efecto vinculador; vinculación; control de constitucionalidad; precedente judicial; teoría de *stare decisis*; proceso administrativo tributario federal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ..... 14

CAPÍTULO 1 – PREMISSAS FUNDAMENTAIS ..... 18

1.1 Sistema de referência e delimitação do objeto de pesquisa ..... 18

1.2 A linguagem e a constituição da realidade ..... 20

1.3 Conhecimento, linguagem e direito ..... 22
1.3.1 A Semiótica e as três dimensões da linguagem ..... 25
1.3.2 Enunciado, proposição e norma ..... 26

1.4 O conceito de direito ..... 28

1.5 Direito positivo e Dogmática Jurídica ..... 31

1.6 A aplicação da lógica ao direito ..... 32

1.7 Norma jurídica em seus diversos aspectos ..... 34
1.7.1 Norma jurídica primária dispositiva, primária sancionatória e secundária ..... 38
1.7.2 Norma jurídica geral e individual, abstrata e concreta ..... 40
1.7.3 Norma de conduta, norma de produção e norma de revisão sistêmica ..... 42
1.7.4 Norma jurídica tributária ..... 45
1.7.4.1 Norma jurídica tributária *strictu sensu* – regra-matriz de incidência ..... 47
1.7.4.2 Norma jurídica tributária *lato sensu* ..... 49

1.8 Fontes do direito ..... 50
1.8.1 O processo de positivação jurídica: os juízes criam direito? ..... 51
1.8.2 Análise do discurso ..... 55
1.8.2.1 Enunciado e enunciação ..... 56
1.8.2.2 Enunciação-enunciada ..... 57
1.8.2.3 Enunciado-enunciado ..... 57
1.8.3 Veículos introdutores de normas (fontes formais do direito) ..... 58

1.9 Sistema jurídico ..... 59
1.9.1 Existência, validade e vigência da norma jurídica ..... 61
1.9.2 Eficácia técnica, jurídica e social ..... 64
1.9.3 Aplicação da norma jurídica e interpretação como processo de elucidação e construção de sentido ..... 65

CAPÍTULO 2 – O EFEITO "VINCULANTE" DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS SISTEMAS JURÍDICOS DA *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW* ..... 70

2.1 A divergência jurisprudencial e o precedente judicial ..... 70

2.2 Distinção entre precedentes obrigatórios e não-obrigatórios ..... 74

2.3 O precedente judicial no sistema da *common law* ..... 76
2.3.1 Aplicação do precedente judicial na Inglaterra ..... 77
2.3.1.1 Formação da *common law* ..... 77
2.3.1.2 A organização judiciária da Inglaterra e a vinculação dos precedentes ..... 79
2.3.2 Aplicação do precedente judicial nos Estados Unidos ..... 83
2.3.2.1 Consolidação da *common law* na América ..... 83
2.3.2.2 A organização judiciária dos Estados Unidos e a vinculação dos precedentes ..... 85
2.3.3 Os precedentes obrigatórios e seus elementos: *ratio decidendi* e *obiter dictum* ..... 88
2.3.4 Hipóteses de não aplicação dos precedentes obrigatórios: *distinguishing*, *overruling*, *overriding* e *reversing* ..... 93

2.4 O precedente judicial no sistema do *civil law* ..... 98
2.4.1 A uniformização da jurisprudência e o efeito "vinculante" nos países de *civil law* .. 101
2.4.1.1 Em Portugal ..... 102
2.4.1.2 Na Alemanha ..... 105
2.4.1.3 Em França e na Itália ..... 106
2.4.1.4 Na Espanha ..... 107
2.4.1.5 No México ..... 107

CAPÍTULO 3 – O EFEITO "VINCULANTE" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS ..... 109

3.1 A uniformização da jurisprudência no Brasil ..... 109
3.1.1 Assentos portugueses ..... 109
3.1.2 Prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho e da Justiça Eleitoral ..... 111
3.1.3 A instituição das súmulas de jurisprudência predominante ..... 113
3.1.4 Recurso especial, recurso de revista e embargos de divergência ..... 117
3.1.5 Uniformização de interpretação de lei federal na esfera dos Juizados Especiais Federais ..... 119

3.2 Efeito "vinculante" no sistema jurídico brasileiro e o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos ..... 120
3.2.1 Teoria do *stare decisis*, efeito "vinculante" e jurisdição constitucional ..... 120
3.2.2. A eficácia "vinculante" no controle de constitucionalidade ..... 126
3.2.2.1 Na ação declaratória de constitucionalidade ..... 127
3.2.2.2 Na ação direta de inconstitucionalidade ..... 128
3.2.2.3 Na argüição de descumprimento de preceito fundamental ..... 131
3.2.2.4 Na medida cautelar proferida em ADC e em ADIn ..... 132
3.2.2.5 Com o advento da súmula "vinculante" ..... 133
3.2.2.5.1 Efeito "vinculante" e eficácia *erga omnes* ..... 135
3.2.2.5.2 A coexistência de súmulas "vinculantes" e não-"vinculantes" ..... 138
3.2.2.5.3 Súmula "vinculante" em matéria constitucional e súmula infraconstitucional ..... 139

CAPÍTULO 4 – A SÚMULA "VINCULANTE" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ..... 142

4.1 Impropriedades terminológicas da expressão súmula "vinculante" ..... 142

4.2 Súmula "vinculante" como instrumento de aproximação entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado ..... 143

4.3 Estrutura normativa da súmula "vinculante" sob as dimensões sintática e semântica: veículo introdutor e enunciado prescritivo ..... 144
4.3.1 Súmula "vinculante" como norma jurídica (veículo introdutor de enunciado(s) prescritivo(s)) ..... 145
4.3.2 Súmula "vinculante" como enunciado prescritivo ..... 150
4.3.3 Efeito "vinculante" como relação jurídica ..... 151
4.3.4 Efeito "vinculante" como dever jurídico ..... 152

4.4 Súmula "vinculante" sob a dimensão pragmática: enunciado com força ilocucionária de ordem normativa ..... 153
4.4.1 Algumas considerações sobre a Teoria dos Atos de Fala ..... 153
4.4.2 A súmula "vinculante" como ato ilocucionário ordenatório ..... 155

4.5 Fundamentos de validade da súmula "vinculante" ..... 156
4.5.1 A EC 45/2004: norma de produção normativa de competência ..... 157
4.5.1.1 Competência do Judiciário para produzir normas jurídicas de caráter geral ..... 158
4.5.2 A Lei Federal 11.417/2006: norma de produção normativa de procedimento ..... 160
4.5.3 Reiteradas decisões do STF sobre matéria constitucional: conteúdo da súmula enunciado-enunciado ..... 161
4.5.4 Súmula "vinculante": enunciado-enunciado que dá completude a norma geral e abstrata que é fundamento de validade de normas jurídicas individuais e concretas produzidas pelo Poder Judiciário e pela administração pública ..... 162

4.6 Procedimento de edição de súmula "vinculante" ..... 165
4.6.1 Legitimidade para propor a edição, a revisão e o cancelamento ..... 165
4.6.2 Requisitos para a edição de súmula "vinculante" ..... 168
4.6.3. Modulação dos efeitos e eficácia da súmula "vinculante" ..... 171
4.6.3.1 Eficácia imediata ..... 174
4.6.3.2 Eficácia protraída no tempo ..... 175
4.6.3.3 Restrição dos efeitos "vinculantes"? ..... 176
4.6.4 Modificação e revogação de súmula "vinculante" ..... 177
4.6.5 Reclamação constitucional: prevista no conseqüente da norma secundária ..... 179

CAPÍTULO 5 – APLICAÇÃO DE SÚMULA "VINCULANTE" AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL ..... 183

5.1 Procedimento e processo administrativo tributário: uma breve distinção ..... 183

5.2 O processo administrativo tributário no ciclo de positivação do direito tributário ..... 184

5.3 Processo administrativo tributário federal e princípios aplicáveis ..... 186
5.3.1 Princípio da legalidade ..... 188
5.3.2 Princípio da motivação ..... 189
5.3.3.Princípios da ampla defesa e do contraditório ..... 190
5.3.4 Princípio da impessoalidade ..... 192
5.3.5 Sobreprincípio da segurança jurídica ..... 192

5.4 A atividade do julgador administrativo e o ato administrativo produzido no processo administrativo tributário federal: norma individual e concreta ..... 193

5.5 Aplicação de súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal..... 196
5.5.1. Fase introdutória ou de instauração ..... 196
5.5.2 Fase instrutória ..... 199
5.5.3 Fase decisória ou de julgamento..... 199
5.5.4 Fase recursal ..... 200

5.6 Aplicação de súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal com decisão definitiva..... 202

5.7 Súmula "vinculante" em desfavor da Fazenda Pública e reexame necessário ..... 203

5.8 Súmula "vinculante" produzida pelo STF e súmula "vinculante" administrativa..... 204

5.9 Aplicação de súmula "vinculante" ao procedimento de consulta tributária..... 206

5.10 Aplicação de súmula "vinculante" à administração pública: sujeição no procedimento fiscalizatório e no processo administrativo tributário?..... 209

CONCLUSÕES ..... 210

APÊNDICE I – EMENDA CONSTITUCIONAL 45, DE 30.12.2004..... 217

APÊNDICE II – LEI 11.417, DE 19.12.2006 ..... 221

APÊNDICE III – PRIMEIRAS SÚMULAS "VINCULANTES" EDITADAS PELO STF EM 30.05.2007 ..... 225

REFERÊNCIAS ..... 226

# INTRODUÇÃO

A introdução da súmula "vinculante" no sistema jurídico brasileiro tem sido causa de perplexidades. Veiculada por intermédio da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, intitulada de "Reforma do Judiciário", o instituto integra um conjunto de modificações constitucionais tendentes a solucionar os problemas por que passa atualmente o Poder Judiciário.

É um instrumento categoricamente defendido por uns, e enfaticamente condenado por tantos outros, mas com a finalidade de tentar pôr fim a dois dos maiores problemas atualmente vivenciados pelo sistema: tornar viável a todos o acesso à justiça e, por conseguinte, a efetiva realização dos direitos individuais e coletivos, com a consecução de um processo eficiente e célere, e, de outro lado, assegurar uma uniformidade de posicionamento por parte do Judiciário, sobretudo nas discussões de cunho constitucional, em que há multiplicidade de lides, privilegiando, numa última análise, a isonomia e a segurança jurídica.

Em meio a este cenário, nos propusemos neste trabalho a analisar a súmula "vinculante" e sua aplicação ao processo administrativo tributário federal.

Interessante notar que o efeito "vinculante" já existe no direito brasileiro desde o ano de 1993, quando foi conferido às decisões de mérito prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, tendo sido, posteriormente, estendido a outros instrumentos do controle concentrado. Por este motivo é que não se pode estudar a súmula "vinculante" isoladamente, como se fosse inovação do poder constituinte derivado. Daí por que fizemos a contextualização com a experiência estrangeira e com os institutos de direito pátrio a que é empregado.

O ponto inicial da pesquisa foi a fixação das premissas fundamentais de Teoria Geral do Direito que possibilitassem o desenvolvimento do trabalho, esclarecendo os

conceitos básicos, tomados pela ótica da teoria analítica do direito e do construtivismo jurídico. Considerada a súmula "vinculante" ora como norma jurídica que introduz no ordenamento enunciados prescritivos sobre matéria constitucional, ora como os próprios enunciados prescritivos de conduta intersubjetiva, sentimos a necessidade de traçar os conceitos de direito, de norma jurídica em seus diversos espectros, de fontes de direito, fazendo uma análise do discurso, e de sistema jurídico, desenvolvendo as distinções entre existência, validade, vigência e eficácia, demonstrando, sempre, a relevância da linguagem para a constituição da realidade, do direito e da própria súmula "vinculante". Esse foi o objetivo do Capítulo 1.

Discorrer sobre súmula "vinculante" exige o estudo prévio da teoria do *stare decisis,* que considera a aplicabilidade obrigatória dos precedentes judiciais aos casos análogos julgados posteriormente. A formação da teoria do precedente judicial, como forma de reduzir a divergência jurisprudencial e, por conseqüência, conceder maior segurança jurídica ao sistema normativo, foi desenvolvida nos países da *common law,* cujas normas gerais são elaboradas pelo Judiciário, a partir das decisões concretas que vão sendo expedidas nos processos, e se tornam precedentes obrigatórios.

Esse sistema de aplicação dos precedentes obrigatórios teve início na Inglaterra, sendo posteriormente consolidado nos Estados Unidos. Por isso, nos preocupamos, no Capítulo 2, em elucidar as minúcias desses sistemas jurídicos e demonstrar como se efetiva a aplicação dos precedentes nesses países. Para tanto, passeamos por suas organizações judiciárias e dissecamos os elementos que formam o precedente judicial.

Considerando que a importação do efeito "vinculante" no Brasil sofreu influência dos países de *civil law,* também nos ocupamos, no Capítulo 2, de tracejar a aplicação dos precedentes judiciais naqueles países, bem como o modo como ali se processa a uniformização jurisprudencial.

Inauguramos o Capítulo 3 desenvolvendo como se operaram, ao longo do tempo, a uniformização jurisprudencial no Brasil e os instrumentos existentes para alcançar tal desiderato.

Em um segundo momento, analisamos o efeito "vinculante" no País, indicando a sua aplicabilidade aos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ação cautelar em ADIn e ADC e, finalmente a súmula "vinculante". Essa recuperação histórica de algumas marcas de enunciação foi a forma encontrada para tracejar o processo de produção da súmula "vinculante", como instituto.

Firmados esses pressupostos, adentramos no estudo da súmula "vinculante" no sistema jurídico brasileiro. Essa é a finalidade do Capítulo 4.

Desenvolvemos a estrutura normativa da súmula sob as dimensões sintática e semântica, visualizando-a ora como norma jurídica, ora como enunciado prescritivo. Na seqüência, analisamos a súmula sob a dimensão pragmática, tecendo algumas considerações sobre a teoria dos atos de fala.

O capítulo se completa demonstrando os fundamentos de validade do instituto, bem como o procedimento para a sua edição, revisão ou cancelamento.

Dedicamos o Capítulo 5 à análise da aplicação da súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal. Nesta ocasião, esmiuçamos os detalhamentos relativos ao processo administrativo, distinguindo processo de procedimento, indicando os princípios a ele aplicáveis, e dissecamos a natureza jurídica do ato administrativo ali proferido. Conclui-se tecendo comentários sobre a aplicação da súmula "vinculante" em situações de provável ocorrência no processo administrativo tributário federal.

Com este estudo, busca-se, sobretudo, contribuir para o desenvolvimento de tema tão palpitante e envolvente.

# CAPÍTULO 1 – PREMISSAS FUNDAMENTAIS[2]

## 1.1 Sistema de referência e delimitação do objeto de pesquisa

A tessitura de todo trabalho científico pressupõe a adoção de um sistema de referência[3], a fim de estabelecer as premissas fundamentais dentro das quais o raciocínio será desenvolvido e, por conseqüência, atingir coerência interna e exatidão.

É a partir da indicação do sistema de referência que a compreensão do mundo se estabelece, pois o objeto estudado adquire significado em relação a outros elementos. Isso explica uma possível tomada de posição distinta de dois cientistas do Direito que se disponham a emitir proposições sobre um mesmo campo de investigação. Ambas as proposições podem ser verdadeiras, conforme o sistema de referência adotado.

O sistema de referência consiste, portanto, em condição indispensável para atribuir validade lógica às proposições exaradas e autorizar o cientista a expedir conclusões seguras decorrentes das premissas empregadas.

Embora a definição de Direito seja desenvolvida em item adiante, já antecipamos que o ponto de partida deste trabalho será o direito positivo brasileiro em vigor, considerado como um sistema pré-ordenado de regras válidas em um determinado país, disciplinando condutas inter-humanas, e cujos elementos são as normas jurídicas, construídas a partir dos enunciados prescritivos contidos nos textos legais.

---

[2] As premissas fundamentais são aquelas proposições básicas que servem de sustentação à construção de um raciocínio. Aqui, antes de ingressar no estudo do tema em si, dedicamo-nos brevemente à conceituação de norma jurídica, de fontes do direito e outros institutos, considerados sob o enfoque do construtivismo jurídico e da teoria analítica do direito, que visualizam o Direito como um corpo de linguagem e procuram construir a argumentação jurídica com o uso da lógica.

[3] Leônidas Hegenberg defende que onde inexiste sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento (*Saber de e saber que:* alicerces da racionalidade, p. 27).

Aludido direito positivo, a teor da construção teórica kelseniana, estrutura-se de forma hierárquica, encontrando-se no topo da pirâmide a Constituição Federal, texto normativo de maior relevância, cujo fundamento de validade está na norma fundamental[4]. A partir daí, o Direito positivo vai se construindo em escalões de diferentes normas jurídicas, uma conferindo fundamento de validade à outra, de modo que todas as manifestações normativas do Estado posteriores à Constituição Federal devem se apoiar em uma norma superior. Daí a necessidade de obediência dos diplomas infraconstitucionais aos princípios, às garantias e aos direitos individuais e coletivos estabelecidos na Lei Maior.

Essas indicações, *per si*, já denunciam parte do campo de investigação a ser trilhado. Isso porque a escolha do sistema de referência e das premissas fundamentais já requer uma compreensão anterior sobre o corte epistemológico[5], elemento igualmente imprescindível para a construção científica e cuja finalidade é reduzir as complexidades e dar o necessário desdobramento ao assunto a ser investigado.

Reduzir complexidades significa, em outras palavras, propiciar o aprofundamento sobre determinado objeto de estudo. É por meio da seleção e do conseqüente corte de alguns dos aspectos múltiplos que envolvem o fato no plano da realidade social que o sujeito cognoscente tem condições de efetivamente conhecê-lo e enfrentá-lo[6].

---

[4] Hans Kelsen exprime este pensamento na seguinte passagem: "A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão do Direito positivo mais elevado" (*Teoria pura do direito*, p. 247).

[5] Paulo de Barros Carvalho ensina que "todo conhecimento só se perfaz como tal, na medida em que reduz complexidades. Ninguém conhece, tanto no sentido vulgar, quanto nos domínios científicos, sem promover necessária diminuição no campo das dificuldades objetais" (*O ICMS e os "Regimes Especiais"*, p. 94).

[6] Lourival Vilanova já defendia a necessidade de se efetivar um corte epistemológico ao defender a criação de ciências específicas. Dizia ele que "a constituição de ciências especiais no domínio da realidade histórico-social, corresponde tanto ao princípio de economia mental, quanto ao princípio lógico de divisão do trabalho científico. É tarefa que ultrapassa, quantitativamente, os limites do investigador reunir, em suas mãos, a variedade de conhecimentos a que a matéria social dá margem. Como dominar, unitariamente, essa variedade, de vez que a ciência não é simples acúmulo enciclopédico, mas sistematização e estrutura dentro de uma pluralidade de conhecimentos? Material e

Nesse sentido, delimitamos o objeto de pesquisa à introdução da súmula "vinculante" no sistema jurídico brasileiro, a partir da EC 45, de 08 de dezembro de 2004, e sua aplicabilidade, como enunciado prescritivo e como norma jurídica, ao processo administrativo tributário federal.

Está fora de nosso campo de investigação a aplicabilidade da súmula "vinculante" ao processo judicial tributário, conquanto existam questões relevantes que causam inquietações e merecem que a doutrina se debruce sobre elas.

Restringimo-nos, também, a sua aplicabilidade ao processo administrativo tributário federal, espécie do processo administrativo, regido pelo Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, e subsidiariamente pela Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei geral do processo administrativo), não nos ocupando de tecer considerações sobre o emprego da referida súmula nos processos administrativos tributários estaduais e municipais, tendo em vista as peculiaridades inerentes a cada uma dessas legislações, em que pese o dispositivo constitucional também se endereçar aos referidos processos. Trata-se de questão de predileção, inerente à própria atividade investigatória.

É em meio a esse cenário que o presente trabalho científico será desenvolvido.

## 1.2 A linguagem e a constituição da realidade

A construção da realidade está intimamente interligada com a língua, e, por conseqüência, com a linguagem.

Ao tomar contato com o mundo, o sujeito busca se apegar a uma estrutura que tenha o condão de catalogar os elementos sentidos, fixando cada aparência percebida dentro do contexto geral, assim como procura coordenar esses elementos entre si,

---

logicamente a realidade social impõe a divisão do trabalho científico" (O problema do objeto da Teoria Geral do Estado, *Escritos jurídicos e filosóficos,* vol. 1, p. 125).

hierarquizando-os. Essa estrutura que permite a organização das aparências do mundo coincide com a língua.

A língua consiste, portanto, em um sistema organizado de palavras que serve de instrumento à construção da realidade. Não é a realidade em si, mas o sistema que instrumentaliza a realidade.

A linguagem, por sua vez, é o uso dos signos que formam a língua, possibilitando a comunicação.

Com efeito, a língua desenvolve-se, inicialmente, dentro de nossa mente, formando e governando todos os pensamentos. O sujeito recebe o dado bruto, a que normalmente chamamos de "realidade", e por meio de seu intelecto apreende as palavras e as transforma em frases articuladas, para, depois disso, ejetá-las ao mundo.

O filósofo poliglota Vilém Flusser[7], ao estudar a relação existente entre língua e realidade, formulou a seguinte hipótese fundamental:

> "o caos irreal do poder-ser, do vir-a-ser, do potencial que tende a realizar-se, o qual estamos acostumados a chamar de *realidade*, surge à tona, aparece ao intelecto, organiza-se em cosmos, em breve: realiza-se nas formas das diversas línguas. Inversamente, o caos irreal do poder-ser, aquele conjunto de potencialidades que estamos acostumados a chamar de instintos, vivências inarticuladas, impressões sensuais, em breve: o subconsciente, surge à tona, organiza-se, torna-se intelecto e objetiva-se, isto é, realiza-se na forma das diversas línguas. Em outras palavras: as diversas línguas são as formas nas quais as potencialidades do *Eu* e do *Não-eu* se realizam."

De acordo com seus postulados, a língua espelha o comportamento das coisas entre si, e algo só se torna real dentro do processo lingüístico, quando é compreendido pelos intelectos.

---

[7] *Língua e realidade*, p. 131.

Ele continua, enfatizando a relevância da língua no processo de construção da realidade, ao dizer que

> "só sou verdadeiramente quando falo, escrevo, leio ou quando ela sussurra dentro de mim, querendo articular-se. Mas também porque ela é forma simbólica, morada do Ser que vela e revela, vereda pela qual me ligo aos outros, campo da imortalidade *aere perennius,* matéria e instrumento da arte. Ela é meu compromisso, através dela concebo minha realidade e por ela deslizo rumo ao seu horizonte e fundamento, o silêncio do indizível."[8]

Consoante esses ensinamentos, a língua e, conseqüentemente, a linguagem são dados necessários à compreensão dos objetos que estão no mundo físico. É essa compreensão que se pode intitular de realidade. Porém, a linguagem não constitui as coisas no mundo físico (dados brutos), elas existem independentemente da linguagem.

Dessa forma, pode-se afirmar que a língua, como sistema, e, por conseqüência, a linguagem, considerada como o uso dos respectivos signos que formam uma língua, são constitutivas da realidade.

## 1.3 Conhecimento, linguagem e direito

A partir da idéia de que a língua (como sistema ordenado de palavras) e a linguagem (uso desse sistema) constroem a realidade, podemos afirmar que o direito também se constitui (criando normas) e se desconstitui (retirando normas) por meio da linguagem.

Não se pretende aqui fazer um estudo aprofundado sobre a teoria do conhecimento e sua relação com a linguagem e o direito. Considerando, todavia, que a súmula "vinculante" é norma jurídica produzida pelo Supremo Tribunal Federal e que referidas normas integram o direito positivo, o qual é construído por intermédio da linguagem, almeja-se apenas ressaltar os pontos fundamentais desse modelo teórico e a importância do estudo da linguagem.

---

[8] *Ibidem*, p. 12.

Inicialmente, a teoria do conhecimento se propunha a estudar a linguagem apenas como um instrumento que ligava o sujeito ao objeto do conhecimento. A partir do advento da filosofia da linguagem, que teve como maior expressão o movimento conhecido por "giro lingüístico", que tinha entre seus representantes Ludwig Wittgenstein, com a obra *Tractatus Logico Philosophicus*, a linguagem passou a ser vista de outra forma. A partir de então, ela se tornou constitutiva da realidade. É a auto-referencialidade da linguagem.

Se entendermos o conhecimento como uma construção intelectual do homem, a partir do qual somente se conhece determinado objeto na medida em que se podem expedir enunciados sobre ele, então, o conhecimento se apresenta, necessariamente, pela linguagem, mediante proposições descritivas ou indicativas[9].

A linguagem é pressuposto do conhecimento. Algo só tem existência no mundo social a partir do momento em que a palavra o nomeia. É a partir do instante em que o algo se verte em linguagem que é possível falar sobre ele. Nesse sentido é o escólio de Lenio Luiz Streck[10]:

> "Isto porque é pela linguagem que, simbolizando, compreendo; logo, aquele real, que estava fora do meu mundo, compreendido através da linguagem, passa a ser real-idade. Dizendo de outro modo: estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. (...) A construção social da realidade implica um mundo que pode ser designado e falado com as palavras fornecidas pela linguagem de um grupo social (ou subgrupo). *O que não puder ser dito na sua linguagem não é parte da realidade desse grupo; não existe, a rigor.*"

Essa afirmação não induz à conclusão de que inexistam objetos físicos no mundo quando estiver ausente a linguagem. Porém, é somente por meio da linguagem que se torna possível o conhecimento de algo, como objeto, uma vez que a linguagem constrói o conhecimento. Assim concluiu Ludwig Wittgenstein, na proposição 5.6 do

---

[9] Cf. Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*, p. 93.
[10] *Hermenêutica jurídica em crise:*..., p. 178.

*Tractatus Logico Philosophicus:* "os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo"[11].

Do mesmo modo, funciona o direito. Como objeto cultural que é, fruto da construção do homem, só ingressa no mundo quando é vertido em linguagem específica. Sem essa linguagem, o mero acontecimento no mundo fático perde-se no passado. Como bem ensina Lúcia Santaela[12]:

> "Considerando-se que todo fenômeno de cultura só funciona culturalmente porque é também um fenômeno de comunicação, e considerando-se que esses fenômenos só comunicam porque se estruturam como linguagem, pode-se concluir que todo e qualquer fato cultural, toda e qualquer atividade ou prática social constituem-se como práticas significantes, isto é, práticas de produção de linguagem e de sentido."

Com efeito, o direito positivo é fixado num sistema de linguagem diverso da Ciência do Direito. O primeiro se reveste da linguagem prescritiva de condutas, juridicizando fatos, e é formado pelas normas jurídicas, produto da significação dos enunciados prescritivos, contidos nos textos legais; a segunda, por sua vez, se constitui por meio da linguagem descritiva e se sobrepõe ao direito positivo, como metalinguagem, expurgando do discurso as ambigüidades, a vaguidade das palavras, os vícios próprios da linguagem dos textos de direito positivo, a fim de outorgar maior precisão ao discurso científico. Isso nos permite dizer que, convivendo em níveis de linguagem diversos, a Ciência do Direito, também conhecida como *doutrina*, não tem ingerência direta na alteração do direito positivo, não podendo inová-lo.

---

[11] No mesmo sentido, professa Dardo Scavino: "el mundo no es un conjunto de cosas que primero se presentan y luego son nombradas o representadas por un lenguaje. Eso que llamamos nuestro mundo es ya una interpretación cultural y, como tal, poética o metafórica. (...) el mundo es algo que se cuenta, un acontecimiento contado y por eso mismo una interpretación" (*La fisosofía actual:* pensar sin certezas, p. 37).

[12] *O que é semiótica*, p. 26.

### *1.3.1 A Semiótica e as três dimensões da linguagem*

Concebido o direito como um sistema de linguagem, a ele é aplicada a Semiótica, ou Teoria geral dos Signos.

O signo consiste na menor partícula que permite a comunicação inter-humana, motivo pelo qual detém o *status* lógico de relação, sendo composto por um suporte físico (expressão material do signo, como a tinta no papel, a palavra escrita no e-mail, a palavra falada no discurso), um significado (objeto do mundo concreto ou imaginário para o qual aponta o suporte físico) e uma significação (é a idéia, o conceito que o suporte físico produz na mente do interlocutor)[13].

Avançando um pouco o raciocínio, exemplifiquemos com alguém que, passando pela rua, depara-se com um cartaz que exibe uma foto das dunas da cidade de Natal, com os seguintes dizeres: "Esta é a cidade do sol". Esse é um exemplo claro de como funciona a comunicação humana, com os três elementos sígnicos. Isso porque a figura das dunas da cidade de Natal, exposta no cartaz, é apenas o suporte físico, que remete o interlocutor a algo que existe na realidade; as dunas de Natal, existentes no mundo físico, consistem no significado; e a imagem criada na mente do interlocutor quando ele vê aquela figura é a significação, ou seja, o sentimento que surge na mente do sujeito quando ele pensa naquela localidade, que pode ser algo positivo, sinônimo de ambiente agradável e acolhedor, ou negativo, considerado um lugar de clima muito quente e causticante, conforme sua experiência de vida.

Esses três elementos compõem o triângulo básico, modelo analítico da comunicação por signos.

A relação existente entre os signos, no processo comunicacional, remete-nos às três dimensões que a linguagem apresenta, quais sejam: sintática, semântica e pragmática.

---

[13] Essa classificação composta pelos três elementos do signo foi desenvolvida por Edmund Husserl.

Na dimensão sintática, estabelecem-se as regras de organização frásica dos signos, de modo a possibilitar a interação comunicacional. Trata-se do estudo dos signos entre si.

Na dimensão semântica, estuda-se a relação dos signos utilizados com a realidade em que eles estão situados, isto é, a investigação se volta às possíveis significações das palavras, das frases e das orações. Essa dimensão é freqüentemente enfatizada no discurso jurídico, quando se pretende construir o sentido dos enunciados normativos.

Na dimensão pragmática, examina-se a relação dos signos com os sujeitos da comunicação. Essa dimensão da linguagem é de grande utilidade na determinação das significações construídas, uma vez que indica em que função a linguagem está sendo proferida e auxilia na decodificação da mensagem. Como Luis Alberto Warat[14] afirma,

> "Analizar la problemática funcional del lenguage es en cierto modo efectuar un planteamiento de nivel pragmático, para cuya elucidación debemos incursionar indefectiblemente en torno a las condiciones subjetivas de su uso por parte de un sujeto determinado."

Essas três dimensões da linguagem não se encontram isoladas, mas caminham juntas, se inter-relacionando, ora com maior, ora com menor intensidade.

### *1.3.2 Enunciado, proposição e norma*

Como o direito é objeto cultural, ele se manifesta pela linguagem. Como linguagem, sua operacionalização se dá de modo semelhante a um texto qualquer, por meio de enunciados.

---

[14] *Semiótica y derecho*, p. 80.

O *enunciado* consiste na conjugação de diversas palavras (suportes físicos) que, relacionadas, formam uma estrutura sintático-gramatical dotada de sentido. Por meio do suporte físico, o *enunciado* refere-se a "algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, idéia ou conceito, que chamamos de significação"[15].

Os textos legais (contidos na Constituição, nas leis, nos decretos, nos atos administrativos, nas sentenças judiciais *et coetera*) são enunciados prescritivos de condutas intersubjetivas, aos quais correspondem *proposições* (significações).

A *proposição* é a significação do enunciado criado em nossas mentes, ou seja, é a construção mental do sentido do suporte físico. À guisa de exemplo, imaginemos a seguinte construção frásica: "Os tributos no Brasil são muito elevados". Essa construção sintático-gramatical é o *enunciado*. A proposição será o sentido que a mente do interlocutor imprimirá a "quais tributos" e "elevados".

Relevante é o escólio de Lourival Vilanova[16]:

> "A experiência da linguagem é o ponto de partida para a experiência das estruturas lógicas. A linguagem funciona em várias direções. Ora expressa estados interiores do sujeito, ora expressa situações e objetos que compõem a textura do mundo externo. Nem sempre funciona com fim cognoscitivo, como linguagem-de-objetos. (...) para os fins estritos da análise lógica interessam as estruturas de linguagem mediante as quais se exprimem *proposições*, isto é, asserções de que algo é algo, de que tal objeto tem a propriedade tal. (...) Teremos de compreender, como veremos, dentro do conceito de proposição, tanto os enunciados da *linguagem descritiva de objetos,* como os enunciados da *linguagem prescritiva de situações objetivas,* ou seja da linguagem cuja finalidade é 'alterar a circunstância', e cujo destinatário é o homem e sua conduta no universo social. Altera-se o mundo mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do Direito."

---

[15] Paulo de Barros Carvalho, *Língua e linguagem*, p. 4, *apud* Eurico Marcos Diniz de Santi, Introdução: norma, evento, fato, relação jurídica, fontes e validade no direto. In: Eurico Marcos Diniz De Santi (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário.* p. 7.

[16] *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 2-4.

Lourival Vilanova[17], acolhendo a distinção feita por Kelsen, segregou as proposições normativas (*rechtssatz*) das normas jurídicas (*rechtsnorm*), considerando as primeiras como proposições expedidas pela Ciência do Direito (Dogmática) sobre o direito positivo e as últimas como proposições integrantes do direito positivo, fruto dos enunciados prescritivos.

As *normas jurídicas* são montadas na forma proposicional, organizadas numa estrutura lógica hipotética, de implicação, composta de duas partes: a hipótese ou pressuposto, parte da norma que tem por objetivo descrever uma situação de possível ocorrência no mundo fático, e a tese ou conseqüente, que prescreve uma relação de dever-ser, em um de seus modais deônticos *permitido, proibido* ou *obrigatório*[18].

Assim, a *norma jurídica* é a proposição prescritiva em forma implicacional, associando determinado fato de possível ocorrência no mundo fenomênico ao surgimento de uma relação jurídica. A formação de uma única norma jurídica pode ser decorrente da conjugação de vários enunciados prescritivos, dispostos nos textos de lei.

## 1.4 O conceito de direito

O que é o direito? Qual o seu conceito? Em que ele consiste? Diante da perplexidade de tais indagações, Kant já afirmara que "ainda procuram os juristas uma definição do seu conceito de Direito"[19]. Conceituar o direito[20] ainda hoje se caracteriza como uma das preocupações contumazes dos seus operadores. Essa pergunta, entretanto, admite várias respostas.

---

[17] *Norma jurídica – proposição jurídica* (significação semiótica), p. 12-13.
[18] Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 37.
[19] *Apud* Marcelo Alves Dias de Souza, *Do precedente judicial à sumula vinculante*, p. 21.
[20] Vicente Raó já professava que, "por um modo geral, estuda-se o direito ora como filosofia, ora como ciência, ora como norma, ora como técnica (*O Direito e a vida dos Direitos*, p. 68).

De forma geral, as pessoas têm uma vaga noção do que seja direito. Todavia, inexiste uma definição precisa que alcance consenso universal. Isso porque o signo lingüístico "direito"[21] comporta diversas acepções[22], conforme os pressupostos que lhe dêem embasamento.

Se a palavra "direito" aceita diversos usos, melhor seria perguntarmos em que sentido esse vocábulo está sendo utilizado. Para nós, revela-se sobremaneira importante estabelecer qual o sentido de uso para caracterizar ou não a súmula "vinculante" como fonte criadora do direito.

Já antecipamos acima que, para os lindes do presente trabalho, o ponto de observação do cientista do Direito – o sistema de referência adotado – será de dentro do direito positivo brasileiro em vigor, demonstrando claramente uma influência da teoria kelseniana, que considera o direito como um sistema de normas que direcionam a conduta humana, tendo como traço característico a coercividade.

Kelsen[23] afirma que

> "o Direito é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo 'norma' se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem."

---

[21] Na Semiótica, a palavra "direito" classifica-se entre os signos da espécie "símbolos", em que o seu uso é convencionado pelos usuários da linguagem. De acordo com Charles Sandes Peirce, todas as palavras, sentenças, livros e outros signos convencionados pelo homem são símbolos (*Semiótica e filosofia*, p. 126).

[22] Convém alertar que a linguagem apresenta alguns vícios que, não raramente, dificultam o processo comunicacional. Entre eles, está inclusa a ambigüidade, entendida como o uso de uma palavra com mais de um significado, com dois ou mais sentidos. O vocábulo *direito* apresenta ambigüidade, notadamente porque contém vários significados que se encontram intimamente relacionados entre si, como alerta Carlos Santiago Nino, ao dizer que a palavra direito é "constituída por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre sí" (*Introducción al analisis del derecho*, p. 14).

[23] *Teoria pura do direito*, p. 05.

Nesse contexto, ele faz a distinção entre o conceito de "direito" e o de "ciência", considerando o direito como o objeto de estudo da ciência jurídica, que, por sua vez, se preocupa em descrevê-lo, investigá-lo[24].

Lourival Vilanova[25], trilhando o caminho kelseniano, desenvolve esse tema, ensinando que o Direito é "um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada e, ainda, dotadas essas normas de uma organização no emprego da coação". E completa, dizendo que o Direito é

> "uma realidade complexa e, por isso, objeto de diversos pontos de vista cognoscitivos. Podemos submetê-lo a um tratamento histórico ou sistemático, científico-filosófico ou científico-positivo, daí resultando a história do direito, a sociologia do direito, as ciências particulares do direito e a filosofia jurídica em seus vários aspectos. Em cada um destes pontos de vista considera-se o direito sob um ângulo particular e irredutível. É a complexidade constitutiva do direito que exige essa variedade de perspectivas."[26]

Há de se observar que várias características de definição podem guiar o estudioso a elaborar um conceito de direito. Pode-se colocar em evidência a sua finalidade, o papel a ser cumprido pelo direito, as intenções políticas e a justiça, ou mesmo a estrutura normativa que o integra.

Ficamos, pois, com o conceito de Paulo de Barros Carvalho[27], que entende o direito como o "universo das normas jurídicas válidas, num espaço territorial particularmente considerado e num momento histórico certo e determinado", segundo um princípio unificador. Essa perspectiva considera, sobretudo, o aspecto formal do direito, as unidades normativas, desprezando outros indicadores que possam ser utilizados, e denuncia a segregação do direito positivo, estruturado em normas

---

[24] *Ibidem*.
[25] *Causalidade e relação no direito*, p. 65.
[26] Sobre o conceito do Direito, *Escritos jurídicos e filosóficos,* vol. 1, p. 32.
[27] *Curso de Direito Tributário*, p. 48.

jurídicas, e a Ciência, que se ocupa de estudar referidas normas, investigando-as, descrevendo-as, a quem Kelsen[28] já nominava de Ciência jurídica.

Dito isso, surge a necessidade de fazermos uma breve distinção neste trabalho entre direito positivo e Ciência do Direito, também chamada de Dogmática Jurídica[29].

## 1.5 Direito positivo e Dogmática Jurídica

As características distintivas entre o direito positivo e a Dogmática Jurídica são muitas. São dois níveis de linguagem que não se misturam e cada qual mantém suas peculiaridades próprias. Todavia, não raro a doutrina utiliza conceitos de um campo do conhecimento jurídico no outro, e vice-versa, o que causa freqüentes confusões no discurso.

Enfatizamos que o direito positivo engloba um conjunto de enunciados válidos em determinado tempo e lugar[30] que tem por objetivo regular a conduta humana, atribuindo-lhe um comportamento de *dever-ser* entre outras tantas possíveis condutas. Não é um comportamento real que vem veiculado nos textos legais, mas um *dever-ser.* Os enunciados prescritivos que integram o direito positivo se destinam a reger os fatos do ambiente social, impondo aos seus sujeitos um comportamento prefixado pelo legislador, que busca, em uma última análise, alcançar o bem comum[31].

O direito consiste em objeto cultural[32], fruto da criação do homem, que, na tentativa de organizar o tecido social, imputa-lhe regras de comportamento conforme

---

[28] *Teoria pura do direito*, p. 79.

[29] A Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica também é denominada por "Jurisprudência", grafada com maiúscula, distinta da jurisprudência considerada como o conjunto de decisões dos tribunais. A primeira acepção, em que a Jurisprudência é utilizada como sinônimo de Ciência do Direito, é decorrente do emprego pelos romanos, que a concebiam como a *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi ac injusti scientia* (conhecimento das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do injusto).

[30] Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 2.

[31] Cf. Alfredo Augusto Becker, *Teoria geral do direito tributário*, p. 58.

[32] A expressão "objeto da cultura" está sendo aqui utilizada na concepção de objeto derivado e complexo, integrando o *ser* e o *dever ser*, de modo que o *dever ser* ingressa no *ser,* mantendo-se a

os valores que a sociedade pretende ver realizados, e se manifesta por meio da linguagem, com função prescritiva.

Em virtude de essas regras se dirigirem à região material da conduta humana, a elas é aplicada a Lógica Deôntica, que carrega os modais *obrigatório, proibido* e *permitido* e cujas proposições se sujeitam aos valores de *validade* e de *invalidade*[33].

A Ciência do Direito ou Dogmática Jurídica, por sua vez, encontra no direito positivo o seu instrumento. Propõe-se, na condição de metalinguagem, a emitir proposições por meio das quais analisa, informa e transmite conhecimentos, constatando a consistência e a atuação das normas jurídicas que integram o direito positivo.

Manifesta-se também em linguagem, mas em função descritiva, localizando-se, por conseqüência, em outro plano lingüístico, acima da linguagem do direito positivo, e submete-se à Lógica Apofântica ou Alética, cujos valores aplicáveis são *verdadeiro* e *falso*.

Extrai-se, a partir disso, que, se a Ciência do Direito emite proposições sobre o direito positivo, sistematizando-o, interpretando-o, logo este último caracteriza-se como objeto-formal de investigação do primeiro.

## 1.6 A aplicação da lógica ao direito

Fixadas as distinções entre direito positivo e Ciência do Direito, bem como a definição do que é enunciado, proposição e norma, é chegado o momento de ingressar no campo da lógica aplicada às estruturas lingüísticas do direito.

---

relação de implicação e polaridade a que faz referência Miguel Reale, em *Introdução à filosofia* (Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário:* Fundamentos jurídicos da incidência, p. 4).

[33] Cf. Echave, Urquijo e Guibourg, *Lógica, proposición y norma*, p. 119-120.

A lógica apofântica ou alética é empregada às proposições jurídicas, decorrentes da Ciência, a fim de equalizar o discurso, dali retirando os vícios que dificultam a sua compreensão e imprimindo maior precisão e univocidade às palavras. Para tanto, faz uso, entre outras ferramentas, de princípios como os da identidade, da não-contradição e do meio excluído. Os valores empregados são *verdadeiro* e *falso.* À Dogmática Jurídica, que é metalinguagem do direito positivo, é aplicada a lógica apofântica.

Às normas jurídicas integrantes do direito positivo, de outro modo, é empregada a lógica deôntica[34], que formaliza a linguagem do direito positivo e cujos valores utilizados são *validade* e *invalidade.*

Normas jurídicas são válidas ou inválidas no direito positivo, conforme pertençam ou não ao sistema, diferentemente das proposições da Dogmática Jurídica, a quem são atribuídas verdade ou falsidade.

O princípio da contradição, tão relevante para a lógica apofântica, não encontra guarida na lógica deôntica, o que explica a possibilidade de coexistirem dentro do sistema do direito positivo normas jurídicas incoerentes ente si, sob o aspecto semântico ou pragmático.

As proposições sujeitas à lógica deôntica são formadas por partículas de *dever-ser*, em que se estatui uma relação entre sujeitos de direito e uma relação entre tipos de ações ou condutas, por meio da qual a ocorrência da situação no mundo fenomênico implica, necessariamente, o nascimento de uma relação, em que o sujeito de direito se

[34] A esse respeito, vale conferir escólio de Delia Teresa Echave: "Existe, pues, desde hace aproximadamente medio siglo, uma *lógica formal de las normas,* también llamada lógica *deóntica* o *normativa.* Este esquema o sistema teórico, a lo largo de sucesivas versiones, permite ejercer un control formal sobre los cálculos mediante la aritmética o sobre el discurso en general a través de la lógica proposicional. Como en los otros casos, este instrumento conceptual no nos otorga un domínio *absoluto* sobre los fenómenos a que se refiere (para ello habría que tener poder sobre las premisas como el legislador lo tiene sobre las leyes que dicta); pero al menos nos enseña a extraer conclusiones válidas a partir de las premisas que se nos imponen" (*Lógica, proposición y norma*, p. 32).

compromete a fazer ou omitir determinado comportamento (permitido, obrigatório ou proibido), prescrito no conseqüente da norma jurídica.

## 1.7 Norma jurídica em seus diversos aspectos

Importa neste momento, apesar de a nossa temática ser a súmula "vinculante" e sua aplicação ao processo administrativo tributário federal, fixar algumas considerações sobre norma. Se a súmula "vinculante" é norma jurídica que introduz no sistema de direito positivo enunciados prescritivos, por conseqüência, é necessário estudar ao menos alguns aspectos da norma jurídica para compreender os problemas relacionados com o objeto da pesquisa.

Anotamos que a norma jurídica é uma proposição, produto da significação dos enunciados prescritivos contidos nos textos legais, e que essa proposição é construída na forma implicacional, associando um fato jurídico, de possível ocorrência no mundo fenomênico, ao surgimento de uma relação jurídica. A norma "não é a oralidade ou a escritura da linguagem, nem é o ato-de-querer ou de pensar ocorrente no sujeito emitente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a situação subjetiva que ela denota"[35].

Do que se compreende dessas afirmações, pode-se dizer que (i) a norma jurídica é uma construção do intérprete do direito; (ii) toda norma jurídica é implícita; (iii) o texto de lei é o ponto de partida para a formação da norma jurídica; (iv) a norma jurídica apresenta uma estrutura dual, associando um fato a uma relação jurídica.

Busquemos, pois, esmiuçar cada uma dessas assertivas.

---

[35] Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*, p. 16.

Quando o legislador[36] produz os comandos endereçados às relações intersubjetivas, o faz por meio de enunciados prescritivos. Referidos enunciados prescritivos, por si sós, não consistem em normas jurídicas. Estas são construções do intérprete do direito positivo, que, ao entrar em contato com o texto legislado, extrai as proposições prescritivas e perfaz um longo caminho de elaboração de sentido. Muitas vezes, para dar completude à norma jurídica, faz-se necessária a percussão em outros textos de lei[37]. Dizemos, com Paulo de Barros Carvalho[38], que "somente a norma jurídica, tomada em sua integridade constitutiva, terá o condão de expressar o sentido cabal dos mandamentos da autoridade que legisla".

Dessa premissa decorre a segunda assertiva, segundo a qual as normas jurídicas são sempre implícitas e nascem da mensagem formada a partir da leitura dos textos. Estando as normas jurídicas situadas no plano das significações, elas encontram base empírica na literalidade dos enunciados expressos nos textos. Portanto, não existe norma jurídica explícita.

Se as normas jurídicas são o produto da significação dos enunciados prescritivos contidos nos textos legais, logo podemos dizer que o texto de lei[39] é o ponto de partida para a sua formação. Com isso, o texto de lei é condição necessária, mas não suficiente, para a formação da norma jurídica em sua inteireza. Eis a terceira assertiva.

Por fim, a quarta assertiva apresentada se refere ao arcabouço dual da norma jurídica, estruturada de acordo com a forma lógica dos juízos condicionais, ou seja, composta internamente pela associação de duas ou mais proposições, em que a

---

[36] Utilizamos aqui a palavra *legislador* numa acepção mais ampla, considerando os produtores de leis, de decisões judiciais, de atos administrativos expedidos pelo Poder Executivo e por particulares, quando inserem no sistema de direito positivo norma jurídica.

[37] Um único texto de lei pode propiciar a criação de uma norma jurídica logicamente completa. Entretanto, não é comum que o intérprete do direito venha a fazê-lo. Isso porque, ao entrar em contato com o texto legislado, habitualmente terá que sair em busca de outros enunciados, dispostos em outros diplomas normativos, a fim de dar inteireza lógica à mensagem positivada.

[38] *Direito Tributário:* Fundamentos jurídicos da incidência, p. 19.

[39] Para nosso estudo, consideramos a expressão *texto de lei* apenas como o suporte físico, a literalidade, sem significado; para o qual os enunciados prescritivos são o texto de lei com significado.

proposição-antecedente descreve um evento de possível acontecimento no mundo social, implicando a sua ocorrência na proposição-conseqüente, que prescreve condutas intersubjetivas. É por meio da proposição-antecedente que os fatos do mundo social ingressam no sistema jurídico.

A proposição-antecedente não se propõe a regrar os acontecimentos do mundo fenomênico, mas apenas e tão-somente a descrevê-los, daí por que esta parte da norma se encontra revestida de linguagem na função descritiva.

A proposição-conseqüente, de outro modo, direciona-se ao comportamento humano, prescrevendo condutas de *dever-ser*. É, peremptoriamente, uma proposição relacional[40], em que se forma uma relação entre dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como permitida, obrigatória ou proibida[41].

A fim de ilustrar e facilitar o entendimento, pensemos na norma jurídica que estabelece a obrigatoriedade de se pagar imposto sobre a renda à União. Essa norma pode ser desta forma sintetizada: dado o fato de alguém (S') auferir renda em determinado tempo e espaço, deverá pagar imposto de renda à União (S''). Constatemos que a proposição-antecedente (dado o fato de alguém (S') auferir renda em determinado tempo e espaço) recorta um evento de possível ocorrência no mundo social. Ao ocorrer o aludido evento e sendo vertido em linguagem jurídica, de modo a ter existência, conseqüentemente, se instalará uma relação jurídica entre os sujeitos S' e S'', que obrigará o primeiro a pagar imposto de renda ao segundo.

Em linguagem formalizada, a norma jurídica pode ser assim demonstrada:

---

[40] Paulo de Barros Carvalho elucida: "a relação pode ser reflexiva ou irreflexiva, simétrica ou assimétrica, transitiva ou intransitiva, qualidades perante as quais as relações se posicionam. Caso dependesse do quadro das possibilidades tão-somente lógicas e a relação jurídica poderia, perfeitamente, ser reflexiva. Todavia, por referência à região dos objetos a que pertence, que é o campo material das condutas intersubjetivas, não haverá reflexividade nas relações jurídicas. Ninguém pode entrar em relação jurídica consigo mesmo" (*Direito Tributário:* Fundamentos jurídicos da incidência, p. 29).

[41] *Op. cit.*, p. 28.

H → C

onde *H* é a proposição-antecedente ou hipótese; → é o dever-ser interproposicional; e *C* é a proposição-conseqüente ou simplesmente conseqüente.

Importa ressaltar que a hipótese é articulada com o conseqüente por força da imputação deôntica e o conectivo que faz esse elo de ligação é um operador deôntico *dever-ser*, na forma neutra (não modalizada). É o que se denomina de operador deôntico interproposicional.

Porém, na estrutura normativa, ainda há outro operador deôntico *dever-ser,* situado no conseqüente normativo, que aproxima os dois sujeitos de direito em torno da conduta a ser cumprida por um e exigida pelo outro. Esse *dever-ser* encontra-se modalizado em um dos modais deônticos[42] *permitido, obrigatório* ou *proibido*. Este é o operador deôntico intraproposicional[43].

Advertimos que o conceito de norma jurídica como fruto da significação dos enunciados prescritivos e estruturada num juízo hipotético condicional revela-se sob o ângulo sintático da linguagem. Nesse aspecto, todas as normas jurídicas mantêm o mesmo esquema estrutural e são reduzidos os problemas de vagueza e de ambigüidade da expressão.

Entretanto, o conceito de norma jurídica pode ser visto nos compêndios doutrinários enfatizando outras dimensões da linguagem, ou seja, desenvolvido sob o enfoque semântico ou pragmático.

---

[42] Toda conduta encerra, necessariamente, uma ação ou omissão permitida, proibida ou obrigatória.
[43] Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*, p. 26.

### *1.7.1 Norma jurídica primária dispositiva, primária sancionatória e secundária*

Vimos que a estrutura sintática de todas as normas jurídicas é a mesma, organizada em um juízo hipotético condicional. Todavia, é necessário que em cada uma delas haja um conteúdo mínimo de significação, que oportunize o cumprimento da finalidade para a qual se propõe o direito, ou seja, a norma jurídica deve exprimir um comando que altere a conduta humana com vista a atingir o fim desejado.

Dessa forma, a organização interna da norma jurídica será sempre a mesma, o que varia é tão-somente o seu conteúdo semântico. Dizemos, com Paulo de Barros Carvalho,[44] que as normas jurídicas apresentam "homogeneidade sintática e heterogeneidade semântica".

A imposição de uma sanção[45] para o caso de descumprimento da norma jurídica é o que a juridiciza. A norma jurídica, para ser completa, exige a conjunção da norma primária e da norma secundária. Estamos com Lourival Vilanova[46], influenciado pela Teoria Pura do Direito, segundo o qual

> "a norma jurídica apresenta composição dúplice: norma primária e norma secundária. Na primeira, realizada a hipótese fáctica, *i.e.,* dado um fato sobre o qual ela incide, sobrevém, pela causalidade que o ordenamento institui, o efeito, a relação jurídica com sujeitos em posição ativa e passiva, com pretensões e deveres (para nos restringirmos às relações jurídica em sentido estrito). Na segunda, a hipótese fáctica, o pressuposto é o não-cumprimento, a inobservância do dever de prestar, positivo ou negativo, que funciona como fato jurídico

[44] *Op. cit.*, p. 76.
[45] O vocábulo *sanção* pode ser utilizado em diversas acepções. Eurico Marcos Diniz de Santi elucubra sobre esse problema, oferecendo as seguintes opções: "sanção pode denotar (i) a relação jurídica consistente na conduta substitutiva reparadora, decorrente do descumprimento de um pressuposto obrigacional (de fazer, de omitir, de dar genericamente prestações do sujeito passivo Sp); (ii) relação jurídica que habilita o sujeito ativo Sa a exercitar seu direito subjetivo de ação (processual) para exigir perante o Estado-juiz Sj a efetivação do dever constituído na norma primária; e (iii) a relação jurídica, conseqüência processual deste 'direito de ação' preceituada na sentença condenatória, decorrente de processo judicial. Esta última, expressão da vontade jurisdicional do Estado condiciona a 'coação', assim entendida como o poder de órgão do Estado de fazer cumprir por meio do uso da força (direito subjetivo público monopolizado pelo Estado-juiz) a sanção expressa na condenatoriedade de seu ato (sentença)" (*Lançamento tributário*, p. 45).
[46] *Causalidade e relação no direito*, p. 188-189.

> (ilícito, antijurídico), fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária."

Daí se infere que a norma primária tem caráter material. É por meio dela que se veiculam os comandos endereçados à conduta humana, permitindo, proibindo ou obrigando o sujeito a realizar um ato ou dele se omitir. É norma de direito substantivo, oriunda do direito tributário, administrativo, civil, penal, ambiental *et coetera.*

A norma secundária, por outro lado, caracteriza-se como uma norma de caráter processual, uma vez que expressa em seu conseqüente uma relação de cunho jurisdicional, em que o titular do direito[47] comparece ao Estado-juiz para dele obter o cumprimento do dever não cumprido. É norma de direito adjetivo, oriunda do direito processual.

Enfatizamos que é a existência da norma secundária que juridiciza a norma primária. Isso porque o ordenamento jurídico considera o descumprimento da norma primária como um ilícito ensejador da aplicação de uma sanção, disposta na norma secundária[48].

Convém, ainda, subdividir a norma jurídica primária em dispositiva e sancionatória. A primeira carrega em sua hipótese um ato ou fato lícito; a segunda tem por pressuposto o não-cumprimento de deveres ou obrigações. Ela veicula um ato ou fato ilícito em sua hipótese, porém lhe falta eficácia coercitiva própria da norma secundária.

À guisa de exemplo, tomemos a norma que institui a obrigatoriedade de pagamento do imposto por aquele que aufere renda. Consideremos como norma

---

[47] A norma secundária (processual) pode não ficar à disposição do sujeito titular ativo da norma primária. Tome-se como exemplo a limitação legal das pessoas competentes para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.

[48] Lourival Vilanova já advertia que, "se de uma norma jurídica suprime-se a norma secundária sancionadora da norma primária, fica a norma primária desprovida de juridicidade" (*Causalidade e relação no direito*, p. 113).

primária dispositiva aquela que descreve o fato de auferir renda, que resultará na obrigatoriedade de se pagar o imposto sobre a renda. A norma primária sancionatória, por outro lado, impõe que o não cumprimento da norma primária dispositiva implicará uma sanção de ordem administrativa, como a imputação de multa ou juros moratórios.

Paulo de Barros Carvalho[49], ao elucidar a norma primária sancionatória, explica que são

> "'sanções administrativas', concebidas para reforçar a eficácia dos deveres jurídicos previstos em outras normas primárias, estabelecendo multas e outras penalidades. Podem ter, como de fato muitas têm, finalidade punitiva, agravando o valor cobrado a título de tributo. Nada obstante, essa condição, por si só, não é suficiente para outorgar-lhes o caráter de norma sancionatória no sentido estrito, vale dizer, norma jurídica secundária (perinorma, em Cóssio), exatamente por faltar-lhes a presença da atividade jurisdicional na exigência coativa da prestação, traço distintivo na sua identificação normativa."

Essa distinção será relevante para o presente trabalho por ocasião da demonstração da norma jurídica que confere o efeito vinculador ao enunciado de súmula "vinculante".

### *1.7.2 Norma jurídica geral e individual, abstrata e concreta*

A relação existente entre as palavras e o objeto que as representam é fruto de convenção do homem. O ato de classificar implica uma liberdade de estipulação do sujeito que classifica na medida em que se toma voluntariamente um signo para representar determinado objeto na mente do interlocutor.

Qualquer característica pode servir de critério de uso na elaboração de uma classificação[50]. Agustín Gordillo[51] defende que "não há classificações certas ou erradas, mas classificações mais úteis ou menos úteis".

---

[49] *Direito tributário:* Fundamentos jurídicos da incidência, p. 37-38.
[50] Cf. Eurico Marcos Diniz de Santi, *As classificações no sistema tributário brasileiro*, p. 130.
[51] *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, parte general, p. I-11.

No direito positivo, as normas também podem ser classificadas em normas *abstratas* e *concretas* ou em *gerais* e *individuais*, conforme o grau de proximidade com a conduta humana e a quem elas se mostram endereçadas. No processo de positivação, que será melhor elucidado adiante, à medida que se aplica o direito, surgem novas normas jurídicas dotadas de maior concretude.

Com efeito, a classificação das normas em *gerais* e *individuais* toma como critério classificatório os destinatários da norma jurídica. A norma jurídica será *geral* quando direcionada a um conjunto de sujeitos indeterminados, e será *individual* quando se dirigir a certo indivíduo ou a um grupo determinado de pessoas.

De outro lado, o critério utilizado para classificar as normas em *abstratas* e *concretas* é a possibilidade de ocorrência, no tempo e no espaço, do fato tipificado no antecedente normativo. Explicando melhor: a norma *abstrata* anunciará um fato jurídico de possível ocorrência que poderá gerar o surgimento de uma relação jurídica futura; a norma *concreta*, diferentemente, veicula um fato concreto, que já se realizou no tempo e espaço determinados. É fato passado, de existência concreta.

Essa distinção foi bem explanada por Kelsen[52], quando avaliou que

> "a norma geral, que liga a um fato abstratamente determinado uma conseqüência igualmente abstrata, precisa, para poder ser aplicada, de individualização. É preciso estabelecer se *in concreto* existe um ato que a norma geral determina *in abstracto*; e é necessário pôr um ato concreto de coerção – isto é, ordená-lo e depois executá-lo – para este caso concreto, ato de coerção, esse que é igualmente determinado *in abstracto* pela norma geral. Portanto, a aplicação de uma norma geral e abstrata a um caso concreto consiste na produção de uma norma individual, na individualização (ou concretização) da norma geral. E, por isso, a função da norma geral a aplicar também pode consistir em determinar o conteúdo da norma individual que é produzida através do ato judicial ou administrativo, da decisão judicial ou da resolução administrativa."

[52] *Teoria pura do direito*, p. 256.

Portanto, podem ser contempladas quatro espécies de normas: (i) as normas gerais e abstratas, (ii) as normas gerais e concretas, (iii) as normas individuais e abstratas e (iv) as normas individuais e concretas. Entre elas, as mais encontradas são as (i) e (iv).

São exemplos de normas gerais e abstratas aquelas veiculadas pela Constituição Federal, pelas leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas *et coetera.* As normas individuais e concretas são aquelas decorrentes dos enunciados trazidos nas sentenças judiciais, no lançamento tributário, no ato administrativo de julgamento em um processo administrativo, entre outras.

Convém uma última anotação: não é adequado o uso indiscriminado dos termos "gerais" e "abstratas" como coincidentes e para distinguir tais normas das individuais e concretas. Nesse sentido, adverte Norberto Bobbio[53]:

> "Ao invés de usar indiscriminadamente os termos 'geral' e 'abstrato', julgamos oportuno chamar de 'gerais' as normas que são universais em relação aos destinatários, e 'abstratas' aquelas que são universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações). As normas gerais se contrapõem às que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de normas individuais; às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação singular, e sugerimos chamá-las de normas concretas. (...) Deseja-se apenas precisar, para corrigir uma doutrina corrente (em declínio), que ao lado das prescrições gerais e abstratas se encontram as individuais e concretas, e portanto não se pode elevar os requisitos da generalidade e da abstração, ou os dois juntos, a requisitos essenciais da norma jurídica."

### *1.7.3 Norma de conduta, norma de produção e norma de revisão sistêmica*

Toda norma jurídica presente no direito positivo se dirige, imediata ou mediatamente, à região material das condutas, ou seja, destina-se a regrar o

---

[53] *Teria da norma jurídica*, p. 181.

comportamento do homem em suas diversas relações intersubjetivas. Daí por que toda norma jurídica, numa última análise, é norma de conduta.

Os estudiosos, entretanto, realizam a diferenciação entre a categoria das normas cujo objetivo direto é atingir os comportamentos interpessoais, modalizando-os deonticamente, em uma obrigação, permissão ou proibição, e outra categoria de normas que visam, em um primeiro momento, a regular a criação de outras normas do sistema jurídico. Essas últimas são normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras.

Na primeira categoria, a ordenação da conduta humana é pronta e imediata, daí por que se denominam de normas de conduta ou de comportamento[54]. No segundo grupo estão aquelas normas que atingem a conduta humana de forma mediata, requerendo outras prescrições posteriores. A estas se denomina normas de estrutura[55]-[56].

Essa classificação foi idealizada por Norberto Bobbio, quando afirmou que

> "costuma-se dizer que o ordenamento jurídico regula a sua própria produção normativa. Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras. (...) Em cada grau normativo, encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas."[57]

---

[54] Neste rol, encontram-se, por exemplo, as regras-matrizes de incidência tributária.
[55] Incluem-se nesta espécie as normas constitucionais que autorizam os vários órgãos dos entes políticos a criarem regras jurídicas instituidoras de tributos.
[56] Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 35-36.
[57] *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 45-46.

Essa diferenciação entre normas de conduta ou comportamento e normas de estrutura traz à tona outra distinção relevante. Tárek Moussallem[58], ancorado nos ensinamentos de Riccardo Guastini, revela que as normas de estrutura podem apresentar o conteúdo de norma de produção normativa e norma de revisão sistêmica.

As normas de produção normativa têm a função de especificar quais limites formais e materiais deverão ser observados na produção de novas normas que ingressarão no direito positivo. As normas de revisão sistêmica, por sua vez, regram a revisão e a expulsão do direito positivo de normas já existentes, e que devem ser modificadas.

Há, ainda, uma última distinção a ser feita: tanto as normas de produção normativa quanto as normas de revisão sistêmica podem carregar em seu conteúdo o órgão competente para realizar o ato jurídico, o procedimento para se produzir o ato jurídico e o conteúdo possível. A essas diferenciações denominaremos (i) norma de competência, (ii) norma de procedimento e (iii) norma de conteúdo.

Nessa esteira é o escólio de Alf Ross:

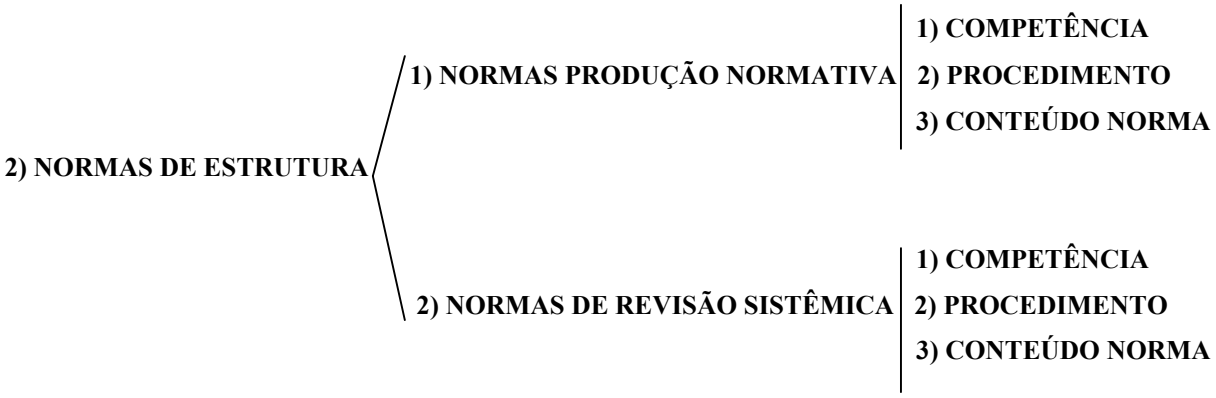
> "Toda norma de competência define um ato jurídico, quer dizer, indica as condições para o estabelecimento do direito vigente. Essas condições podem ser divididas em três grupos, os quais determinam: 1º) o órgão competente para realizar o ato jurídico (competência pessoal); 2º) o procedimento (competência formal) e 3º) o conteúdo possível do ato jurídico (competência material)."[59]

De acordo com essas classificações, as normas jurídicas podem ser assim estruturadas:

---

[58] *Fontes do direito tributário*, p. 93.
[59] Cf. Alf Ross, *Direito e justiça*, p. 242.

**1) NORMAS DE CONDUTA OU COMPORTAMENTO**




Para os lindes deste trabalho, interessam-nos especialmente as normas de estrutura, que conferem competência ao STF para a edição de súmulas "vinculantes", bem como o procedimento necessário para a sua expedição, revisão e cancelamento.

### *1.7.4 Norma jurídica tributária*

Agora é o momento de ingressar na definição do que vem a ser a norma jurídica tributária. Tendo em vista a homogeneidade sintática das regras de direito positivo, que se organizam estruturalmente de forma idêntica, isto é, por um juízo hipotético condicional, composto pela norma primária e pela norma secundária, a norma jurídica tributária também se reveste de similar roupagem.

A distinção para com as outras normas jurídicas penais, administrativas, comerciais *et coetera* situa-se meramente no plano semântico. A definição de norma jurídica tributária vincula-se ao próprio conceito do que vem ser o direito positivo tributário e do que é tributo[60].

[60] A palavra tributo é ambígua. Buscando demonstrar os diversos sentidos utilizados para este vocábulo, Paulo de Barros Carvalho enumera os seguintes: "(i) 'tributo' como quantia em dinheiro; (ii) 'tributo' como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; (iii) 'tributo' como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; (iv) 'tributo' como sinônimo de relação jurídica tributária; (v) 'tributo' como norma jurídica tributária; (vi) 'tributo' como o complexo de norma, fato e

Desse modo, se considerarmos o direito positivo tributário como o conjunto de enunciados prescritivos válidos em um determinado tempo e espaço, que se preocupam com o exercício da tributação, ou seja, com a instituição, a cobrança, a arrecadação e a fiscalização das espécies tributárias, teremos a norma jurídica tributária como o produto da significação desses enunciados prescritivos. Mas a norma jurídica tributária engloba tanto as regras de natureza material quanto as de caráter formal ou processual. Nessa esfera, destacam-se normas tributárias que instituem tributos, que criam deveres instrumentais para os contribuintes, que imputam sanção em caso de descumprimento, que estipulam prazos de recolhimento, entre outras.

Vários critérios podem ser utilizados para classificar as normas jurídicas tributárias e, nesse caminho, precioso é o escólio de Genaro R. Carrió[61], ao prelecionar que

> "las clasificasiones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interes que guía a quien la formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables."

As normas jurídicas tributárias poderiam ser classificadas conforme o instrumento que as introduziu no direito positivo. Dessa forma, teríamos normas jurídicas tributárias constitucionais, complementares, ordinárias, delegadas, veiculadas por meio de medidas provisórias, e, de outro lado, normas tributárias contidas em atos infralegais (decretos, instruções, portarias *et coetera*).

Entretanto, acompanhamos Paulo de Barros Carvalho[62] quando classifica as normas jurídicas tributárias de acordo com o grupo institucional ao qual pertençam.

---

relação jurídica. Acrescenta, ainda, uma outra dimensão atribuída por José Souto Maior Borges, qual seja, a de 'tributo' como processo de positivação, que tem início com as regras de competência e termina na norma individual e concreta mais próxima do comportamento humano" (*Direito Tributário:* Fundamentos jurídicos da incidência, p. 77-78).

[61] *Notas sobre el derecho y lenguage*, p. 99.

Desse modo, as espécies que se apresentam são: (i) normas que veiculam princípios gerais, (ii) normas que instituem a incidência do tributo, estatuindo seus aspectos relevantes, tais como o fato jurídico recortado do mundo social e a conseqüente relação surgida após a sua ocorrência, e (iii) normas que estabelecem providências administrativas que viabilizam a cobrança, a arrecadação e a fiscalização tributárias.

Dessas espécies, as normas que estipulam a incidência de tributos são consideradas como as normas jurídicas tributárias *strictu sensu,* ou normas-padrão de incidência, ou, ainda, regras-matrizes de incidência tributária. As demais são intituladas de normas jurídicas tributárias *lato sensu*.

*1.7.4.1 Norma jurídica tributária* strictu sensu – *regra-matriz de incidência*

A regra-matriz de incidência tributária[63] ou norma jurídica tributária *strictu sensu* é aquela que define o núcleo do tributo, prescrevendo sua incidência. Trata-se de uma norma jurídica geral e abstrata, fruto da construção do intérprete a partir dos enunciados prescritivos que compõem os textos do direito positivo tributário.

A rigor, corresponde à primeira parte da norma jurídica completa, formatada sintaticamente assim: dado um fato *F* qualquer, deve-ser uma conduta comissiva ou omissiva de um sujeito *S'* ante o sujeito *S"*. Ou seja, consiste em norma jurídica primária dispositiva, a partir da qual são instituídos os tributos.

É composta pela proposição-antecedente ou hipótese, que traz a descrição de um fato de conteúdo econômico, de possível ocorrência no mundo fenomênico, e que, uma vez acontecido e vertido em linguagem competente, propiciará o nascimento da relação jurídica tributária; e pela proposição-conseqüente, ou simplesmente

---

[62] *Op. cit.*, p. 78-79.

[63] A construção da teoria da regra-matriz de incidência tributária é atribuída ao mestre Paulo de Barros Carvalho, cujos primeiros postulados foram inseridos na obra *Teoria da norma tributária*, tendo a teoria evoluído e sido concluída na obra *Direito Tributário*: fundamentos jurídicos da incidência.

conseqüente, em que é desenhada essa relação jurídica, que se instaurará onde e quando se concretizar o fato jurídico tributário[64].

Ao ser recortado da realidade, o fato contido na hipótese tributária não traz consigo todas as suas propriedades, mas alguns predicados eleitos pelo legislador[65].

É possível destacar alguns critérios que permitirão o reconhecimento desse fato sempre que ele venha a ocorrer.

Isolando a hipótese da regra-matriz de incidência tributária, podem-se identificar três critérios, quais sejam, o critério material – referenciado ao comportamento de pessoas, físicas ou jurídicas –, o critério temporal – o tempo em que ocorrerá o fato para fins de incidência –, e o critério espacial – o local onde se sucederá o fato jurídico tributário.

De outro lado, o conseqüente dessa regra-matriz, de caráter prescritivo, também traz critérios para se determinarem os elementos de uma relação jurídica tributária, que surge a partir da concretização do fato abstratamente descrito no antecedente da regra-matriz.

Esses critérios do conseqüente normativo indicam o sujeito portador do direito subjetivo de exigir determinada prestação – sujeito ativo – , o sujeito gravado de um

---

[64] Há que se distinguir *evento* e *fato*. O primeiro consiste nas situações que ocorrem no tempo e no espaço e são perceptíveis pelos sentidos humanos; o segundo caracteriza-se como o *evento* descrito por uma linguagem, isto é, só se é fato quando a ocorrência do mundo dos sentidos é vertida em uma linguagem que o descreva. Mister, ainda, fazer a distinção entre *fato social* e fato jurídico, sendo aquele um *evento* descrito em uma linguagem qualquer, e este último requer, necessariamente, que seja constituído mediante linguagem competente do direito positivo. Neste sentido: Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência p. 85-89; Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa:* complementos y estúdios prévios, p. 117; e Tércio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao estudo do direito*, p. 253.

[65] A esse respeito, Paulo de Barros Carvalho, citando lição memorável de Lourival Vilanova (*Curso*, cit., p. 252).

dever jurídico de cumprir certa prestação – sujeito passivo –, e o critério quantitativo, formado pela conjugação da base de cálculo e da alíquota, que identificam o objeto da relação jurídica, ou seja, o valor do tributo a pagar.

Importante registrar que a incidência do tributo só se verificará efetivamente quando o fato jurídico tributário – evento ocorrido no mundo fenomênico e vertido em linguagem competente – guardar completa identidade com todos os critérios contidos na hipótese tributária. É o que Paulo de Barros Carvalho[66] chama de subsunção do fato à norma, lembrando que essa subsunção há de ser completa. E é nessa operação que reside o princípio da tipicidade.

A incidência tributária se dará mediante a ocorrência do fato jurídico tributário, situação de possível concretização prevista na hipótese de incidência, e do imediato e infalível surgimento da relação jurídica tributária, que é o efeito jurídico previsto no conseqüente da norma de incidência, no qual o sujeito ativo ou credor deterá o direito subjetivo de cobrar do sujeito passivo ou devedor o cumprimento de prestação de índole pecuniária.

*1.7.4.2 Norma jurídica tributária* lato sensu

De acordo com o critério de classificação por nós adotado, também são normas jurídicas tributárias aquelas que veiculam princípios gerais e as normas jurídicas que estabelecem medidas de ordem administrativa que possibilitem a cobrança, a arrecadação e a fiscalização tributárias.

A essas normas, que não se preocupam em definir a incidência de tributos, chamamos de norma jurídica tributária *lato sensu.*

[66] *Curso*, cit., p. 246.

## 1.8 Fontes do direito

O vocábulo fonte significa, etimologicamente, origem, procedência, proveniência, isto é, o início de algo, de onde se abebera para dar criação a alguma coisa[67].

Fonte do direito, por sua vez, é uma expressão "figurada, superlativamente ambígua"[68], apresentando diversas significações. Eurico Marcos Diniz de Santi[69] enumera os vários sentidos atribuídos a ela, no âmbito do direito tributário:

> "(i) fundamento de validade de uma ordem jurídica; (ii) a norma jurídica de competência que regula a produção de outras normas jurídicas; (iii) as contingências extra-jurídicas que condicionam psicologicamente a convicção e vontade do sujeito que pratica o ato de criação; (iv) o fato jurídico *lato sensu*, *i.e.*, o ato de produção juridicizado pelas normas que regulam a forma de produção normativa; (v) o produto desse ato, *i.e.,* o veículo introdutor de normas jurídicas; (vi) a norma jurídica construída pelo intérprete a partir desse veículo introdutor; (vii) o evento jurídico tributário como supedâneo de incidência e fundamento de direitos subjetivos e correlatos deveres e, por fim, (viii) o ulterior ato de aplicação do direito que cristaliza em linguagem jurídica o evento jurídico tributário e a adjacente relação jurídica."

Ele alerta que todos esses sentidos encontram-se de alguma forma agregados a partes e etapas da produção normativa.

Como o direito é um fenômeno que recorta fatos do mundo social e os juridiciza, vertendo-os em linguagem específica e estruturando-os numa proposição hipotética-condicional de implicação, pode-se afirmar que as fontes do direito, em sentido estrito, são os fatos jurídicos criadores de normas. Paulo de Barros Carvalho[70], arvorado em Lourival Vilanova, entende que "*as fontes do direito* serão os acontecimentos do mundo social, juridicizados por regras do sistema e credenciados

---

[67] Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário Aurélio da Língua portuguesa*, p. 303.
[68] Hans Kelsen, *Teoria geral do direito e do estado*, p. 155-156.
[69] Introdução: norma, evento, fato, relação jurídica, fontes e validade no direto. In: Eurico Marcos Diniz De Santi (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário.* p. 20.
[70] *Curso*, cit., p. 48.

para produzir normas jurídicas que *introduzam* no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas ou individuais e concretas".

Referidos fatos jurídicos ingressam no direito positivo por meio de uma norma introdutora (emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, resoluções, decretos, atos administrativos, sentenças, acórdãos *et coetera*), a que chamaremos de veículo introdutor de normas.

A aplicação das normas jurídicas com maior grau de abstração requer um processo de geração de novas normas, que deterão grau de maior concretude, até chegar o mais próximo da conduta humana. A partir de então, a norma abstrata introduzida passa a ser aplicada em direção aos fatos jurídicos e a gerar novas normas jurídicas, cada vez mais concretas, até se aproximar da realidade. Esse é o processo de positivação jurídica.

### *1.8.1 O processo de positivação jurídica: os juízes criam direito?*

O direito positivo cria sua própria realidade. É por meio do ato de aplicação que o direito vai se construindo e se estruturando em cadeias sucessivas de regras, desde a norma hipotética fundamental até as normas de mais baixa hierarquia, situadas na base do ordenamento jurídico e que buscam nas normas jurídicas acima fundamento de validade.

Valiosa é a lição de Kelsen[71], ao observar que

> "cada grau de ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior. A idéia de regularidade se aplica a cada grau, na medida em que é aplicação ou reprodução do direito. Porque a regularidade nada mais é que a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica. Não é apenas na relação entre os atos de execução material e as normas individuais – decisão administrativa e sentença –, ou também entre esses

[71] *Jurisdição constitucional*, p. 126.

> atos de execução material e as normas legais ou regulamentos gerais, que podem ser postuladas a regularidade e as garantias técnicas apropriadas para assegurá-la, mas também nas relações entre o decreto e a lei, entre a lei e a Constituição. Assim, as garantias da legalidade dos decretos e da constitucionalidade das leis são concebíveis quanto às garantias da regularidade dos atos jurídicos individuais."

Com efeito, as normas gerais e abstratas são projetadas em direção à conduta intersubjetiva, mas não são aplicadas diretamente sobre elas, dado o seu grau de abstração e de generalidade. Dessa forma, se não conseguem atuar diretamente em um caso materialmente definido, essa projeção em direção à conduta intersubjetiva desencadeia o necessário ato de aplicação e o conseqüente surgimento de novas normas jurídicas, que são injetadas no direito positivo.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho[72], "é que as normas gerais e abstratas não ferem diretamente as condutas intersubjetivas, para regulá-las. Exigem o processo de positivação, vale dizer, reclamam a presença de norma individual e concreta a fim de que a disciplina prevista para a generalidade dos casos possa chegar ao sucesso efetivamente ocorrido, modalizando deonticamente as condutas". E, mais adiante, enfatiza: "as normas gerais e abstratas reivindicam, para a regulação efetiva dos comportamentos interpessoais, a expedição de normas individuais e concretas".

Portanto, é por meio da aplicação que o direito vai sendo construído, em sucessivas cadeias de regras, de maior ou menor concretude e generalidade. Pode-se afirmar que esse ato de aplicação aos fatos tidos como fontes produtoras, chamado de processo de positivação do direito, é indispensável à sua autocriação.

Nesse sentido, não basta a existência da regra-matriz de incidência tributária, instituindo um tributo. É necessária a produção da norma individual e concreta do lançamento para que o contribuinte torne-se efetivamente obrigado a pagar o tributo.

---

[72] *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 83.

Questão bastante discutida e que tem relevância para este estudo diz respeito à possibilidade de os juízes criarem direito. É que, por ocasião da aplicação da norma geral e abstrata, os juízes acabam por produzir normas jurídicas ao injetarem no direito positivo suas sentenças e acórdãos, que nada mais são do que normas individuais e concretas[73], aplicáveis àqueles casos sujeitos à sua apreciação.

Mas, ao criarem direito, os juízes estão a invadir a competência legislativa, importando em violação da tripartição dos poderes? Afirmamos que não.

Com efeito, a teoria da separação dos poderes foi idealizada por Montesquieu, partindo da idéia de que todo homem que tem poder tende a abusar dele. Daí a necessidade de que o poder estatal fosse dividido em diversos órgãos, para que um pudesse frear o outro. Confira-se o comentário de Agustín Gordillo sobre a referida teoria:

> "Montesquieu, partiendo de la hipótesis de que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él, concibió su teoría de la separación de los poderes: que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que refrenen recíprocamente; ello a su vez se consigue distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos constituidos por personas físicas distintas. Ya hemos visto que el sistema se perfecciona hoy en día com más transferencias y hasta fractura del poder, como médio de preservar la liberdad frente al poder."[74]

No direito positivo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 outorga a tripartição dos poderes ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário.

A função jurisdicional consiste na aplicação das regras normativas inseridas no direito positivo por intermédio do produto da função legislativa (leis, decretos, resoluções, emendas constitucionais, medidas provisórias, entre outros). Nessa

---

[73] Exceção a essa regra é a criação de "sentenças normativas" pela Justiça do Trabalho e o efeito "vinculante" conferido às súmulas "vinculantes" e as decisões vinculadoras em controle concentrado de constitucionalidade. Nestes casos, os juízes produzem normas gerais e abstratas.
[74] Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, p. IX-1.

atividade de aplicação do direito, o resultado é a criação de novas normas jurídicas. Em um único ato de aplicação do direito pelo juiz, são criadas pelo menos duas novas normas jurídicas, o veículo introdutor da norma e a norma de conduta (o conteúdo da aplicação). Explicamos melhor, por intermédio das palavras de Tárek Moussallem[75]:

> "os juízes (órgão singular ou colegial), quando provocados, exercem uma atividade jurisdicional que denominamos enunciação. Esse procedimento cria um documento normativo (sentença ou acórdão, respectivamente). Nesse documento normativo, distinguimos um veículo introdutor, norma individual e concreta, que denominamos enunciação-enunciada (infelizmente denominada pelos teóricos de sentença e acórdão), no qual consta a incidência de uma norma de produção jurídica. Por sua vez, o veículo introdutor insere no sistema do direito positivo enunciado(s)-enunciado(s), que perfarão a norma individual e concreta ou geral e concreta, também despretensiosamente designada sentença ou acórdão, que consiste na incidência de uma regra de comportamento ou uma regra de revisão sistêmica (regra revogatória, sentença procedente em ação rescisória, declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal)."

Nesse contexto, pode-se afirmar que os juízes criam direito. Entretanto, essa produção há de obedecer aos limites previstos nas normas gerais e abstratas, produzidas pelo Poder Legislativo. Daí por que não há violação à tripartição de poderes.

Antevendo os limites que o juiz detém na criação do direito, em razão da obediência ao princípio da legalidade, e a cautela para não incorrer em violação à referida tripartição dos poderes, Mauro Cappelletti[76] afirmou que "o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos freqüentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente, mas não qualitativamente diversa da do juiz (...) Ambos constituem processos de criação do direito".

---

[75] *Fontes do direito tributário*, p. 161.
[76] *Giudici legislator?*, p. 27, *apud* Mônica Sinfuentes, *Súmula vinculante:* um estudo sobre o poder normativo dos tribunais, p. 139.

Com isso, o conteúdo da norma veiculada na decisão judicial, de cunho concreto, deve corresponder ao conteúdo da norma trazida no bojo da lei, de característica abstrata.

Convencidos, portanto, de que no processo de positivação jurídica os juízes criam direito, a partir da produção de normas individuais e concretas, que são as sentenças ou acórdãos, conclui-se que tanto a função legislativa quanto a função jurisdicional são formas de criação de normas jurídicas.

Uma questão, entretanto, ainda permanece sem resposta. Teria o Judiciário competência para produzir normas de caráter geral, já que originariamente sua função é a de produzir normas individuais e concretas? Ao produzir normas de cunho geral, não estaria o Judiciário agindo como legislador positivo e ferindo a tripartição de poderes? Essa questão é especialmente importante para o presente trabalho para atestar ou não se a súmula "vinculante", aqui estudada, consiste em fonte de direito, e se sua produção pelo STF fere a tripartição dos poderes. Discorreremos sobre essa questão mais adiante, no item 4.4.1.1.

Antes disso, mister fazer uma breve incursão na análise do discurso, para diferenciar enunciação, enunciação-enunciada e enunciado-enunciado, de forma a dar maior clareza ao desenvolvimento de alguns itens dessa investigação.

### *1.8.2 Análise do discurso*

A análise do discurso é fruto de estudos implementados pela Semiótica. Por intermédio de seus postulados, é possível afirmar que o direito positivo é construído por meio de linguagem, e essa linguagem, por sua vez, estrutura-se em enunciados, que são obtidos por meio de um processo que se desenvolve em determinado tempo e espaço, a enunciação.

*1.8.2.1 Enunciado e enunciação*

Enunciados podem ser entendidos como "um conjunto de fonemas ou grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação"[77].

É pelo enunciado que o sujeito cognoscente constrói a proposição, dando-lhe significação. No direito positivo, os textos de lei são formados por enunciados, que propiciam a construção das normas jurídicas.

Uma vez que o enunciado jurídico é uma formação frásica que possibilita a construção de uma norma jurídica, ele não aparece pronto e acabado: necessita de um procedimento próprio, com autoridade competente para expedi-lo. Exemplifique-se a produção legislativa de uma lei. O produto (enunciado) é a lei; o processo (enunciação) são os atos legislativos, que se iniciam com a proposta de lei, se sucedem com as discussões legislativas e terminam com a construção de um agregado de enunciados a que chamamos de lei. Esse processo de produção do enunciado desenvolve-se ao longo do tempo e em determinado lugar, onde os enunciados produzidos serão aplicados.

Daí a distinção entre enunciado, como o fruto da produção jurídica (algo estático), e a enunciação, como um processo de produção do enunciado (algo dinâmico).

Sobreleve-se que todo enunciado requer uma atividade prévia de enunciação, entretanto, nem toda enunciação resulta em um enunciado, a exemplo de discussões de projetos de leis nas casas legislativas do país que não são transformadas em produto legislativo.

---

[77] Paulo de Barros Carvalho, *Direito tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 19-20.

*1.8.2.2 Enunciação-enunciada*

Visto que a enunciação é todo o processo de produção do enunciado, ou seja, a conjugação de fatos do mundo fenomênico que resultaram na introdução daquele enunciado no direito positivo, observa-se que o documento normativo produzido por intermédio daquele processo carrega algumas marcas da produção, como o tempo em que foi produzido, o local de produção, onde deverá ser aplicado, a autoridade que injetou o documento no sistema normativo, entre outros elementos que tentam reconstruir a enunciação.

A esses enunciados presentes no documento normativo chama-se enunciação-enunciada, ou seja, é a parte do processo de produção que foi inserida no texto a fim de situar o intérprete no momento da aplicação daqueles enunciados. Aos elementos de linguagem que permitem ao intérprete reconstruir a enunciação é conferido o nome de dêiticos[78], que são "todos os traços lingüísticos da presença do locutor no seio do enunciado"[79].

A enunciação-enunciada denuncia alguns dos elementos do processo de enunciação, como a autoridade competente que expediu o documento normativo, a data a partir da qual ele entrará em vigência no sistema jurídico, entre outros. Entretanto, esses são apenas indícios da atividade produtora. Alguns elementos, a exemplo do procedimento utilizado na produção daquele documento, somente poderão ser averiguados em momento posterior.

*1.8.2.3 Enunciado-enunciado*

O enunciado-enunciado, em contrapartida, consiste na parte do texto que não faz referência ao processo de enunciação. É o produto da atividade legislativa, ou seja, o texto de lei propriamente dito.

---

[78] Confiram-se maiores detalhes em Tárek Moysés Moussallem, *Revogação em matéria tributária*, p. 24.
[79] José Luiz Fiorin, *As astúcias da enunciação*, p. 38.

José Juiz Fiorin, em referência a Manar Hamar, indica duas espécies de enunciados produzidos no mesmo documento normativo: a enunciação-enunciada e o enunciado-enunciado. A saber:

> "Manar Hamad propõe considerar o conjunto enunciativo que engloba todas as marcas de enunciação disseminadas no texto-objeto como uma totalidade estrutural. Esse processo enunciativo colocado no interior do enunciado não é a enunciação propriamente dita, cujo modo de existência é ser o pressuposto lógico do enunciado, mas a *enunciação enunciada.* Teríamos, assim, dois conjuntos no texto-objeto: a *enunciação-enunciada,* que é o conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação; e o *enunciado-enunciado,* que é a seqüência enunciada desprovida de marcas de enunciação. (...) Esse processo de enunciação enunciada seria metalingüístico em relação ao processo de enunciado enunciado."[80]

Desse modo, nos textos normativos que integram o direito positivo é possível identificar duas espécies de enunciados: a enunciação-enunciada e os enunciados-enunciados.

### *1.8.3 Veículos introdutores de normas (fontes formais do direito)*

Os atos de enunciação próprios da atividade criadora do direito produzem enunciados prescritivos, que são inseridos no direito positivo por intermédio de veículos introdutores de normas.

Referidos veículos introdutores de normas consistem em normas gerais e concretas, que trazem em seu bojo as marcas do processo de enunciação. É a enunciação-enunciada.

A doutrina utiliza de forma inadequada a expressão "fonte formal do direito" para designar os veículos introdutores (como Constituição Federal, emenda

[80] *Ibidem*, p. 36.37.

constitucional, lei complementar, lei ordinária, portarias *et coetera*). Isso porque norma não cria norma. É o ato de aplicação de uma norma que dá origem a outra.

Como a aplicação do direito se opera de forma escalonada, em que cada norma mantém seu fundamento de validade em outra superior, tal qual previsto por Kelsen, o direito positivo acaba por ser tecido hierarquicamente.

Daí afirmar-se existir uma hierarquia entre os veículos introdutores de normas jurídicas, conforme o órgão de produção e o procedimento previstos. É possível dizer que uma emenda constitucional é hierarquicamente superior a uma decisão judicial expedida por um juiz de direito. Nesse passo, transcrevemos lição de Tárek Moussallem, para quem "o direito positivo estrutura-se em uma hierarquia de veículos introdutores, em virtude da hierarquia do seu órgão produtor, em cujo cume encontramos a Assembléia Constituinte, na condição de órgão-fonte superior, descendo verticalmente a 'ladeira' do direito positivo até aos órgãos encarregados de expedir os derradeiros comandos normativos"[81].

O que a doutrina nomeia de "fontes formais do direito" consideraremos como "veículos introdutores de normas".

### *1.9 Sistema jurídico*

Entre as premissas fundamentais para a construção deste trabalho dissertativo, resta-nos abordar a noção de sistema jurídico, de forma associada aos conceitos de existência, validade, eficácia e interpretação da norma jurídica, para que não incorramos em imprecisão científica.

A noção de sistema é, para Norberto Bobbio[82],

---

[81] Fontes do direito tributário. In: Eurico Marcos Diniz De Santi (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário*. p. 113.
[82] *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 71.

> "uma *totalidade ordenada,* um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação."

Na mesma toada, Paulo de Barros Carvalho professa que, "onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema"[83].

A sistema jurídico pode ser dado o nome tanto para o sistema do direito positivo quanto para o sistema da Ciência do Direito[84].

O direito positivo, considerado como o conjunto de normas jurídicas válidas, em um determinado tempo e lugar, é um sistema proposicional nomoempírico prescritivo[85] e encontra-se organizado numa estrutura hierárquica, em que uma norma é fundamento de validade para a que lhe sobrevenha, até as normas de menor escalão.

Olhando de baixo para cima, todas as normas jurídicas do direito positivo convergem para um único ponto, a norma hipotética fundamental, que dá fundamento de validade à Constituição positiva e que concede ao sistema jurídico caráter unitário, de homogeneidade, na medida em que cada elemento contido naquele sistema mantém a mesma índole.

---

[83] *Direito tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 40.

[84] Convém recordar que a maior parte das palavras é vaga e ambígua, conforme preleciona Alf Ross.

[85] Essa classificação dos sistemas em reais e proposicionais, e destes em nomológicos e nomoempíricos, subdivididos em prescritivos e descritivos, é atribuída ao pernambucano Marcelo Neves, na obra *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Ele concede ao sistema do direito positivo o caráter de sistema proposicional porque é constituído por proposições, contrariamente ao sistema real, cujos elementos são objetos do mundo físico e social. Nomoempírico porque as suas proposições detêm referência empírica, ao passo que os sistemas nomológicos mantêm proposições meramente formais. E são prescritivas porque buscam alterar a conduta humana, enquanto que os sistemas descritivos apenas se preocupam em descrevê-los.

Utilizaremos, pois, daqui em diante, a expressão sistema jurídico para designar o sistema do direito positivo.

### *1.9.1 Existência, validade e vigência da norma jurídica*

Temos reiteradamente afirmado que os elementos que compõem o direito positivo são as normas jurídicas válidas em determinado lugar e tempo.

De outro lado, compulsando a EC 45, de 8 de dezembro de 2004, que introduziu a súmula "vinculante", deparamo-nos com a seguinte redação no art. 103-A, § 1º: "A súmula terá por objetivo a *validade*, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (...)" (grifo nosso).

A Lei Federal 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula "vinculante", enfatiza, repetindo o texto constitucional, em seu art. 2º, § 1º, que "o enunciado da súmula terá por objeto a *validade*, a interpretação e a eficácia de normas determinadas (...)" (grifo nosso).

Com isso, a necessidade de conceituar validade[86] é, para o presente estudo, tarefa imprescindível.

Dizer que uma norma é válida implica, antes de tudo, reconhecer que ela concorda com os critérios eleitos pelo sistema de direito positivo para que assim seja considerada. Diego Martin Farrell[87] defende que

> "las normas jurídicas se consideran válidas cuando concuerdan con el criterio adoptado por el jurista. Puede decirse, entonces, que la validez no es una propiedad de las normas, sino una relación entre la norma y el critério elegido: cuando la norma se ajusta al critério se la considera válida."

---

[86] Para os jusnaturalistas, a validade de uma norma jurídica depende de ela ser ou não justa (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito civil*, p. 7).

[87] *Hacia un criterio empírico de validez*, p. 23, *apud* Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 49.

A concepção de validade para Kelsen, adotada por Paulo de Barros Carvalho, coincide com a definição de existência, de pertinencialidade da norma ao sistema jurídico, ou seja, "será considerada norma válida aquela produzida por órgão credenciado pelo sistema e na conformidade com o procedimento também previsto pela ordenação total"[88].

Este entendimento requer que o intérprete do direito, para constatar a validade de uma norma, conheça a *forma*, o *momento*, o *local* e a *autoridade* que expediu o documento normativo, ou seja, as fontes produtivas. Uma vez verificados e conferidos todos esses elementos constantes do processo de produção do documento normativo, eis que, pela linha kelseniana, ela é válido.

Aqui merece uma distinção, constatada sob a perspectiva do conceito de norma, ora adotado: fala-se em (i) validade dos enunciados do texto de lei (validade no subsistema $S_1$), (ii) validade do sentido ou da significação atribuída ao texto (validade no subsistema $S_2$), (iii) validade da norma jurídica (validade no subsistema $S_3$) e (iv) validade da contextualização da norma jurídica dentro do sistema normativo (validade no subsistema $S_4$), conforme o percurso da produção de sentido. Daí por que, em um primeiro momento, não é a norma que é válida, mas o enunciado prescritivo, visto que a norma está no plano da significação.

Com isso, sob a ótica kelseniana, a validade será entendida como "a pertinência de um documento normativo ao direito positivo, em função dos critérios instituídos por sua fonte de produção, identificáveis na enunciação enunciada do próprio documento normativo. A validade no plano do texto é condição necessária da validade do conteúdo: atacando-se o texto, desqualifica-se a validade não só do documento, como de todo o seu conteúdo"[89].

---

[88] *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 50.
[89] Eurico Marcos Diniz de Santi, Introdução: norma, evento, fato, relação jurídica, fontes e validade no direto. In: Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário.* p. 33.

Mas o conceito de validade, para Pontes de Miranda[90], detém outra perspectiva. O saudoso mestre distingue a *existência* da *validade* das normas jurídicas. Para ele, são existentes as normas que ingressam no sistema jurídico, ou seja, a mera relação de pertinencialidade para com o direito positivo, considerando como válidas aquelas normas que, após o seu ingresso, são tidas como regularmente produzidas.

De acordo com essa concepção, o mundo jurídico é formado por três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Ele defende que "para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de afirmar que existe é possível pensar-se em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale". E arremata dizendo: "os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano de existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, ato jurídicos"[91]-[92].

Para as conclusões a que chegaremos, adotaremos a partir de então o conceito de validade de Kelsen, em que pese ainda fazermos algumas referências à teoria de validade pontiana, notadamente para melhor explicar os enunciados prescritivos inseridos na Constituição pátria e na Lei Federal que regulamentou a edição, a revisão e o cancelamento da súmula "vinculante".

Vigência (denominada por alguns de validade normativa), por seu turno, é a aptidão da norma jurídica de produzir efeitos, tão logo ocorram no mundo social os fatos descritos em seus antecedentes[93].

---

[90] *Tratado de direito privado,* vol. 4, p. 1-7.
[91] *Ibidem*, mesma página.
[92] Acompanham esse pensamento: Riccardo Guastini, *Il giudice e la legge – lezioni di diritto costituzionale*; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito.*
[93] Paulo de Barros Carvalho, *op. cit.*, p. 53.

Assim, existem normas que ingressam no sistema jurídico e, portanto, são válidas, mas que não estão vigentes (*vacatio legis*) ou perderam a sua vigência, não podendo gerar os efeitos jurídicos ainda que verificada a ocorrência do fato previsto na norma. Melhor dizendo: uma norma é vigente quando, antes mesmo da incidência, já está pronta para juridicizar os fatos e gerar os efeitos jurídicos previstos no seu conseqüente. Em arremate, Eduardo García Máynez[94] esclarece que "vigencia designa el atributo de las reglas de conducta que en cierto lugar y en una cierta época el poder público considera obligatorias (sean o no cumplidas o aplicadas)".

### *1.9.2 Eficácia técnica, jurídica e social*

Uma vez válida e vigente, a norma poderá ser ou não eficaz. Aí reside a diferença entre eficácia técnica, jurídica e social.

A incidência da norma jurídica sobre o fato social consiste em uma operação de subsunção, em que, por meio da confirmação da coincidência entre uma e outro, o fato social é juridicizado, transformando-se em fato jurídico. No dizer de Karl Larenz[95], ocorre a subsunção quando "as notas mencionadas na previsão da norma jurídica estão globalmente realizadas no fenômeno da vida a que tal enunciado se refere". Essa aptidão de trazer o fato social para dentro do mundo jurídico é o que se entende por eficácia técnica ou legal. Tércio Sampaio Ferraz Júnior[96] explica que uma norma poderá ter ineficácia técnica se lhe faltar alguma regra regulamentadora ou diante da presente de uma regra inibidora (ineficácia sintática), ou, ainda, quando houver alguma dificuldade material que impeça a juridicização do fato (ineficácia semântica).

A eficácia jurídica, por sua vez, acontece após a juridicização do fato social. Uma vez formado o fato jurídico, esse surgimento desencadeará o nascimento dos efeitos previstos no conseqüente da norma jurídica, que é a relação jurídica entre dois ou mais sujeitos. Dessa forma, pode-se afirmar que a eficácia jurídica é um atributo do

---

[94] *La definición del derecho:* ensayo de perspectivismo jurídico, p. 39.
[95] *Metodologia da ciência do direito*, p. 237.
[96] *Introdução ao estudo do direito*, p. 181.

fato jurídico de gerar efeitos jurídicos. Nesse sentido, inclusive, aponta Pontes de Miranda[97]: "A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é um *prius*; e a incidência supõe regra jurídica e suporte fático, sobre o qual ela *incida.* A eficácia é, portanto, logicamente, *posterius*".

E, por fim, a eficácia social, que mais interessa à Sociologia do Direito do que à Dogmática Jurídica, é a produção concreta de efeitos da norma jurídica entre os sujeitos da sociedade. É também denominada de efetividade.

### *1.9.3 Aplicação da norma jurídica e interpretação como processo de elucidação e construção de sentido*

O caráter dinâmico e prospectivo do direito positivo decorre da possibilidade de autocriação, por meio da derivação das normas jurídicas, isto é, por meio de sua estruturação em cadeias sucessivas de regras, hierarquizadas, uma concedendo fundamento de validade à outra.

Essa auto-regulação torna-se possível em virtude dos sucessivos atos de aplicação das normas jurídicas, desde a norma mais abstrata até aquela que conterá maior grau de concretude, próxima da conduta intersubjetiva.

A aplicação das normas jurídicas aos fatos do mundo social, e a conseqüente transformação em fato jurídico, com a geração de nova norma jurídica, mais concreta, é o que já denominamos de processo de positivação do direito.

A norma jurídica não incide se não for aplicada. Dito de outra forma: não há juridicização sobre o mero acontecimento social. É condição necessária a enunciação

[97] *Ibidem*, mesma página.

por agente credenciado, para que o fato social seja trazido para o mundo jurídico e promova a subsunção do fato à norma, gerando os efeitos jurídicos ali previstos.

Nesse sentido, a aplicação pode ser entendida como um ato humano, um ato de produção normativa. Tárek Moussallem[98], influenciado pela Teoria dos Atos de Fala, defende que aplicar a norma jurídica "é ato de fala de fazer-ser a norma. Aplicar é ato locucionário de dizer algo no jogo do direito positivo". E continua:

> "por mais que o conceito de incidência (e seu correlato 'subsunção') seja estático, a aplicação, em sua dinamicidade, é quem dará vida a ela. Da Constituição Federal, não se salta para a regulamentação da conduta humana sem atos intercalares de aplicação. Até mesmo a sentença, localizada no escalão mais baixo das normas jurídicas, requer outra norma que outorgue 'eficácia técnica', qual seja, o ato final em processo de execução (que os processualistas não chamam de sentença). Também a imunidade tributária não passa da Constituição Federal para a entidade imune (ou situação imune) num passe de mágica. Apenas em virtude da regra constitucional, determinado sujeito não pode ser imune. Para tanto, requer ato de aplicação – ninguém será imune sem que haja ato de aplicação conferindo-lhe a imunidade."[99]

Nesse cenário, ao intitularmos o presente trabalho de "Aplicação de súmula 'vinculante' ao processo administrativo tributário federal", o propósito foi cotejar os efeitos decorrentes da aplicação (ato de vontade do intérprete) da súmula "vinculante", enquanto norma geral e concreta que introduz no sistema de direito positivo um (ou mais) enunciado(s) prescritivo(s), na produção na norma individual e concreta ali produzida, intitulada de *decisão administrativa.*

Em todo ato de aplicação da norma jurídica e conseqüente construção da norma de menor hierarquia, há, necessariamente, um percurso de sentido a ser trilhado desde o primeiro contato com o documento normativo até a construção articulada das significações normativas. Eis a importância da interpretação.

---

[98] *Revogação em matéria tributária*, p. 152.
[99] *Ibidem*, mesma página.

A teoria da interpretação tem passado por uma mudança de paradigmas, a partir da aplicação da filosofia da linguagem por vários estudiosos[100], que passaram a defender a necessidade de se interpretar o direito como um fenômeno lingüístico. Essa nova visão da interpretação afasta o caráter meramente declarativo, carimbando, de uma vez por todas, a característica construtiva do processo interpretativo, conforme assevera Eros Roberto Grau[101]: "A interpretação do direito tem caráter construtivo – não meramente declaratório, pois – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, mediante a definição de uma norma de decisão".

Essa perspectiva, como um processo de elucidação e de geração de sentido, também foi concebida por Riccardo Guastini[102], ao sugerir que a interpretação passa (i) pelo reconhecimento de um significado, (ii) pela decisão de um significado e (iii) pela criação de um significado.[103]

Sobre o caráter criativo da interpretação, preleciona Eduardo García de Enterría[104]:

> "toda decisión judicial (y esto puede aplicarse a la integridad del proceso de aplicación del Derecho, aunque no toda tenga la autoridad de la aplicación por el juez) se reproduce necesariamente en mayor o menor medida el proceso de creación o producción del Derecho, que en toda interpretación judicial de una norma hay necesariamente una conformación valorativa de esta norma, que toda decisión judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico."

---

[100] No âmbito nacional, podem-se citar Paulo de Barros Carvalho, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Luis Alberto Warat, Lênio Luiz Streck, Humberto Ávila, Heleno Taveira Torres e Eros Roberto Grau. Internacionalmente, indicamos Dardo Scavino, Gregório Robles, Giuseppe Melis, Riccardo Guastini e Eduardo García de Enterría.

[101] *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*, p. 55.

[102] *Lê fonti del diritto e l'interpretazione*, p. 206.

[103] Sua contribuição para nosso estudo pára por aí. Referido mestre italiano outorga ao vocábulo "interpretação" duas acepções distintas. Para ele a interpretação-atividade seria a "actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos" e interpretação-produto o "resultado o producto de esta actividade" (*op. cit.*, p. 202-203). De acordo com as premissas aqui adotadas, o produto da atividade de elucidação, consistente na interpretação, é justamente a norma jurídica (e não a interpretação).

[104] *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, p. 21-22.

Para Paulo de Barros Carvalho[105], "interpretar é atribuir valores aos símbolos, isto é, adjudicar-lhes significações e, por meio dessas, referências a objetos". Essa opinião exige que a interpretação paute-se por um processo de elucidação e de construção.

A trajetória da interpretação é marcada por etapas logicamente distintas, a que o mestre paulista denomina de subsistemas, a saber: o primeiro ($S_1$) integra o conjunto de enunciados espraiados nos textos do direito positivo. É o suporte físico para as significações jurídicas; o segundo ($S_2$) congrega os conteúdos de significações dos enunciados prescritivos. É nessa ocasião que o intérprete seleciona as significações e constrói o sentido aos enunciados. O terceiro subsistema ($S_3$) é formado pelo conjunto articulado das significações normativas. É neste estágio que são construídas as normas jurídicas, isto é, nele reside o sistema das normas jurídicas *strictu sensu.* Por fim, o quarto subsistema ($S_4$) se preocupa com a organização das normas jurídicas construídas no plano $S_3$. Aqui, estabelecem-se os vínculos de coordenação e de subordinação entre as normas jurídicas integrantes do direito positivo[106]-[107]-[108].

É por ocasião do subsistema ($S_4$) que o processo interpretativo se completa, uma vez que, ao se organizarem as normas em um sistema hierarquizado, fixando as relações de coordenação e de subordinação, possibilita-se a contextualização da norma jurídica no sistema de que faz parte. O mestre paulista completa sua tese afirmando que "a interpretação só se completa quando faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto e sempre impulsionada pelas fórmulas literais do direito

---

[105] *Direito Tributário:* fundamentos jurídicos da incidência, p. 57.

[106] O subsistema $S_4$ foi introduzido por Paulo de Barros Carvalho nas obras *Curso de Direito Tributário*, 18ª edição, e *Direito Tributário*: fundamentos jurídicos da incidência, 4ª edição, a partir de 2006.

[107] Inexiste obstáculo para a validade simultânea de normas jurídicas com conteúdos contraditórios. É o sistema do direito positivo, por meio de ato do intérprete, que vai operar a harmonização do sistema, estabelecendo os vínculos entre as normas e a permanência de duas normas conflitantes.

[108] É no subsistema $S_4$ que se realiza, por exemplo, o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais e a integração entre normas jurídicas que contêm princípios aparentemente divergentes, como o princípio constitucional da segurança jurídica e o da livre convicção do magistrado, tão debatidos por ocasião da aplicação da súmula "vinculante".

documentalmente objetivado. Esta é a razão para se concluir que 'não há texto sem contexto' "[109].

Daí por que se diz que a interpretação é uma atividade mental, um processo de alcance e atribuição de sentido, com a conseqüente construção pelo intérprete.

Portanto, não se interpreta a norma, visto que ela será sempre produto da interpretação dos enunciados prescritivos contidos nos textos legais e que difere do ato de vontade, cujo sentido ela constitui.

[109] *Curso de direito tributário*, p. 128-129.

# CAPÍTULO 2 – O EFEITO "VINCULANTE" DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS SISTEMAS JURÍDICOS DA *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*

## 2.1 A divergência jurisprudencial e o precedente judicial

Concebida a interpretação como um processo de elucidação e de construção da norma jurídica, a partir do contato do intérprete com o texto da lei (subsistema $S_1$) até a organização dos vínculos de coordenação e de subordinação estabelecidos entre as normas jurídicas construídas (subsistema $S_4$), é possível compreender o motivo pelo qual as normas individuais e concretas produzidas pelo Judiciário (a que chamamos de sentença ou de acórdão), na aplicação de uma mesma norma geral e abstrata a fatos sociais semelhantes, podem assumir resultados diversos.

É que, sendo a sentença ou acórdão fruto da interpretação do juiz, é por ocasião dessa aplicação do direito que ele emprega seus valores, seus pré-conceitos, sua cultura.

Agregue-se a isso a existência de enunciados prescritivos no sistema de direito positivo que englobam conceitos indeterminados[110], ou seja, situam-se na denominada *zona de penumbra*, para os quais o aplicador terá, inevitavelmente, que escolher o conceito que seja mais adequado, entre as opções de significados possíveis[111].

---

[110] Rodolfo de Camargo Mancuso também conseguiu identificar a existência de conceitos indeterminados nas normas jurídicas, ao professar que "a complexidade da interpretação ainda mais se exacerba em face das chamadas normas de *conteúdo aberto ou indeterminado* – verdadeiros 'cheques em branco' que o legislador passa ao exegeta e ao aplicador" (*A divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 149).

[111] Em que pese os conceitos inclusos em algumas normas serem indeterminados, há um limite para a interpretação, que o aplicador do direito tem de se restringir. Memorável é a lição do Min. Luiz Galotti, no julgamento do RE n.º 71.758, cujo relator foi o Min. Thompson Flores. Transcrevemos trecho de seu voto vencido: "Senhor Presidente, é certo que podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas, interpretar interpretando e, não, mudando-lhe o texto e menos ainda, criando um imposto novo, que a lei não criou.
Como sustentei muitas vezes, ainda no Rio, se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição.

Essa diversidade de interpretações sobre uma mesma norma geral e abstrata, gerando decisões judiciais pragmaticamente contraditórias, é o que habitualmente se chama de divergência jurisprudencial[112].

O Estado-juiz é chamado em um processo para solucionar uma controvérsia entre jurisdicionados, e deve dar-lhes uma resposta judiciária, eliminando a incerteza existente e outorgando, em conseqüência, segurança jurídica.

A existência da divergência jurisprudencial no sistema jurídico é vital e decorrência natural da atividade interpretativa, sendo positiva na medida em que possibilita uma ampliação de debates sobre temas relevantes e controvertidos, e o exercício do livre convencimento do magistrado. Todavia, quando a divergência toma grandes proporções, resultando em julgamentos diversos para situações idênticas, notadamente quando estão em discussão direitos difusos, colocam-se em xeque a estabilidade social e a segurança jurídica, de forma a acarretar injustiças[113], comprometendo a unidade do sistema jurídico. A essa incerteza quanto às decisões judiciais, Eduardo Cambi[114] confere o nome de jurisprudência lotérica, afirmando:

> "parte-se da seguinte premissa: se a Constituição contempla o princípio da isonomia, sendo todas as pessoas iguais (art. 5º, *caput*), para a mesma situação jurídica, a lei deve ser aplicada

---

Ainda há poucos dias, numa carta ao eminente Ministro Prado Kelly, a propósito de um discurso seu sobre Milton Campos, eu lembrava a frase de Napoleão: 'Tenho um amo implacável, que é a natureza das coisas'".

[112] Entenda-se aqui *jurisprudência* no sentido amplo, como o conjunto de decisões proferidas pelo Poder Judiciário. O vocábulo *jurisprudência* pode ser utilizado no sentido de (i) Ciência Jurídica (neste caso, é grafado com letra maiúscula), (ii) conjunto de decisões proferidas pelo Judiciário e (iii) apenas o conjunto de decisões uniformes (*v.g.*, firmar jurisprudência, contrariar jurisprudência).

[113] A palavra *injustiça* foi utilizada aqui de acordo com a concepção de Hobbes, para quem a justiça é garantidora de paz. Ratificando este acepção, Kelsen afirma que: uma teoria pode fazer uma afirmação com base na experiência: só uma ordenação jurídica que não satisfaça aos interesses de uns em detrimento de outros, mas que chegue a uma conciliação entre os interesses opostos, que reduza ao mínimo seus possíveis atritos, pode contar com uma experiência relativamente duradoura. Só uma ordenação dessa espécie estará em condições de assegurar a paz social em bases relativamente permanentes a todos os que se lhe submetem. Embora o ideal de justiça em seu significado originário seja totalmente diferente do ideal de paz, existe nítida tendência a identificar os dois ideais ou ao menos a substituir o ideal de justiça pelo de paz (Nicola Abbagnamo, *Dicionário de Filosofia*, p. 596).

[114] Jurisprudência lotérica, *RT* 786, abril 2001, p. 112, *apud* Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, p. 160.

> do mesmo modo. A situação inversa, contida no fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que *sub incerto enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit* (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida). Dessa maneira, a efetivação do valor segurança jurídica – pela clara previsão dos direitos, deveres e obrigações, bem como dos modos pelos quais devem ser exercidos ou cumpridos – é um valor imprescindível ao convívio social."

A falta de segurança jurídica acarreta o comprometimento da unidade sistêmica do direito positivo. Daí por que Karl Larenz[115] defende a aplicação de uma mesma medida a casos semelhantes, a fim de salvaguardar a unidade do Direito. Para ele, "os juízes só poderiam subsistir por si mesmos, quando o que hoje consideramos justo no caso individual se mantém amanhã e depois de amanhã, quer dizer, se incorpora duradoiramente na nossa ordem jurídica no seu conjunto"[116].

Sobre a necessidade de preservar a estabilidade social, Carlos Maximiliano[117] é enfático ao professar que

> "sem estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados, não deve um tribunal superior mudar a orientação dos seus julgados; porque da versatilidade a tal respeito decorre grande abalo para toda a vida jurídica da circunscrição em que ele exerce autoridade. É preciso que os interesses privados possam contar com a estabilidade: 'judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, non facile recedere debet' – não deve o juiz com facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante."

Dentro desse contexto, o precedente judicial tem figurado como uma das propostas utilizadas, sobretudo pelos sistemas jurídicos da *common law,* para operacionalizar uma uniformização de entendimento sobre determinada matéria. Ele permite ao sistema jurídico usufruir das seguintes vantagens: (i) proporciona previsibilidade quanto à determinação das condutas intersubjetivas; (ii) favorece o sentimento geral de estabilidade da lei; (iii) evita frustrações quanto a expectativas não

---

[115] *Op. cit.*, p. 524.
[116] *Ibidem*, mesma página.
[117] *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 234.

cumpridas no que se refere aos direitos e deveres dos membros da sociedade; (iv) diminui o custo e aumenta a eficiência do sistema jurídico; (v) preserva a separação dos poderes, na medida em que evita uma eventual abuso na criação de normas pelo Poder Judiciário; e, numa última análise, (vi) imprime observância ao princípio da isonomia[118].

Mas o que vem a ser o precedente judicial?

O precedente judicial consiste em uma norma individual e concreta proferida por uma corte jurisdicional, que serve como paradigma, isto é, como exemplo a casos análogos que serão julgados posteriormente. Hans Kelsen[119] prevê a possibilidade de construção de precedente judicial, afirmando que

> "uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação. No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral."

É de se observar que não há a exigência de julgados reiterados. Para que se caracterize como precedente judicial, basta o julgamento de um só caso, ou seja, de uma única norma individual e concreta produzida, que, em virtude de sua fundamentação convincente, seja capaz de ser utilizada em outros casos assemelhados[120].

---

[118] Celso de Albuquerque Silva, *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação, p. 150.
[119] *Teoria pura do direito*, p. 278.
[120] O dicionário Oxford define de forma ampla o que venha a ser precedente, entendendo-o como "um caso anterior que é ou pode ser considerado como um exemplo ou uma regra para casos subseqüentes, ou através do qual algum ato ou circunstância pode se apoiar ou se justificar".

Difere, portanto, da jurisprudência uniformizada por meio das súmulas, que requerem decisões reiteradas sobre o mesmo assunto, para que se formule um extrato daquele entendimento consolidado[121].

A existência de precedentes judiciais é comum a qualquer sistema jurídico. A diferença é o caráter da vinculação, isto é, saber se sua observância é obrigatória ou meramente persuasiva. Daí a existência de precedentes obrigatórios e não-obrigatórios.

## 2.2 Distinção entre precedentes obrigatórios e não-obrigatórios

Uma vez produzido o precedente judicial em um caso concreto, que servirá como paradigma para o julgamento de casos futuros semelhantes, a questão imediata que se põe é a de saber da obrigatoriedade ou não da aplicação dessa norma ao novo caso posto sob exame.

Com efeito, existem precedentes obrigatórios ou vinculadores cuja observância pelos outros órgãos do Judiciário, quando do julgamento de casos futuros, é cogente, e há os precedentes não-obrigatórios ou persuasivos[122], que não apresentam o caráter de vinculação, mas cujos argumentos possuem autoridade a ponto de serem seguidos pelas demais cortes.

Na primeira hipótese, a norma individual e concreta consubstanciada na sentença ou acórdão é introduzida no sistema jurídico em conjunto com uma outra norma que lhe confere o efeito vinculador e a credencia como norma jurídica a ser seguida pelos demais órgãos do Judiciário (ou da Administração Pública). Essa norma jurídica tem de carregar a norma secundária (norma de atuação judicial), prevendo a sanção a ser imposta em caso de seu descumprimento[123].

---

[121] As características das súmulas serão um assunto a ser abordado neste trabalho mais adiante.
[122] O assunto é tratado com maior detalhamento por Richard Bronaugh, Persuasive precedent, *Precedent in law*, p. 217-247.
[123] A estrutura da norma jurídica que confere efeito vinculador a um ou mais enunciados será melhor desenvolvida mais adiante.

Na segunda hipótese, a sentença ou acórdão ingressa no sistema jurídico desprovida da norma jurídica que lhe concede efeito vinculador. Não há, portanto, como coagir o aplicador do Direito a utilizar o precedente em seu julgamento, uma vez que inexiste sanção a ser imposta por ocasião de sua inobservância.

Neste caso, o precedente é observado em razão da autoridade do argumento utilizado pela corte que o produziu. Estar-se-á, portanto, diante do poder de violência simbólica a que se refere Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em suas palavras,

> "trata-se do poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força. Não nos enganemos quanto ao sentido deste poder. Não se trata de coação, pois pelo poder de violência simbólica o emissor não co-age, isto é, não se substitui ao outro. Quem age é o receptor. Poder aqui é controle. Para que haja controle é preciso que o receptor conserve as suas possibilidades de ação, mas aja conforme o sentido, isto é, o esquema de ação do emissor. Por isso, ao controlar, o emissor não elimina as alternativas de ação do receptor, mas as neutraliza. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não contem, não sejam levadas em consideração."[124]

A autoridade do argumento utilizada nos precedentes não-obrigatórios ou persuasivos está a depender de diversos fatores, a exemplo da posição do tribunal que proferiu a decisão na hierarquia do Poder Judiciário, da importância do juiz produtor da decisão, da data da decisão, ou, ainda, da fundamentação utilizada para dizer o direito nos autos do processo[125]-[126]-[127].

---

[124] *Introdução ao estudo do direito*, p. 276.

[125] Marcelo Alves Dias de Souza, *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 53.

[126] Victoria Sesma, referindo-se ao direito inglês, também identifica a existência de decisões com maior autoridade de argumento. Confira-se: "En principio el prestigio de los jueces es algo que difícilmente puede tenerse en cuenta porque en teoría todos los jueces tienen el mismo status. Sin embargo en la práctica las decisiones de algunos jueces son consideradas con más respecto que las de otros. En el presente siglo podemos citar entre los jueces de más prestigio los nombres de Lord Justice SCRUTTON, Lord ATKIN, Lord WRIGHT, Lord REID y Lord RADCLIFFE" (*El precedent en el common law, apud* Marcelo Alves Dias De Souza, *op. cit.*, p. 53).

[127] Nos Estados Unidos não é diferente. O Estado da Luisiana, filiado à tradição romano-germânica do *civil law*, pondera o grau de persuasão do precedente da seguinte forma: "Geralmente, determina-se o grau de persuasão de um precedente pela maior ou menor proximidade de sua metodologia a uma lei codificada específica. Por exemplo, quatro processos diferentes podem ter sido decididos por quatro métodos semelhantes, porém distintos: o primeiro, por analogia a uma norma codificada específica; o

Há de se ressaltar, por fim, que subsistem precedentes que obrigam uma determinada corte e não obrigam outra. Exemplifique-se com os precedentes que devem ser observados pelas cortes inferiores a ela, mas não pelos tribunais superiores e pela própria corte que os expediu.

## 2.3 O precedente judicial no sistema da *common law*

Na atualidade, coexistem duas espécies de sistemas jurídicos: a *common law*, que preza pela aplicação dos usos, costumes e princípios pelas cortes judiciárias por ocasião da produção de suas decisões, e o *civil law*, em que os enunciados prescritivos que dão suporte às normas jurídicas gerais e abstratas são veiculados por intermédio de diplomas legislativos, produzidos pelo trabalho dos parlamentares.

Nos sistemas jurídicos de *common law*, cujo maior representante é a Inglaterra, seguida dos Estados Unidos, o Direito é criado sobretudo pelos tribunais. Nesses sistemas jurídicos, em razão de praticamente inexistir direito legislado, a jurisprudência detém grande força e, assim, o precedente judicial mostra-se relevante para o julgamento de casos futuros. Isso ocasionou a adoção da doutrina do *stare decisis*[128], por meio da qual referidos julgados paradigmáticos detêm aplicação obrigatória aos casos semelhantes.

---

segundo, por analogia a um princípio do Código extraído de várias normas; o terceiro, por analogia baseada no sistema do Código Global e o quarto, pela busca objetiva independente não relacionada a uma analogia sistemática ou estatutária. Ao avaliar esses casos como precedentes, sem qualquer outro fator, o juiz deve atribuir autoridade persuasiva maior ao primeiro processo e um valor menor, sucessivamente a cada um dos outros processos. Justifica-se classificar os precedentes numa hierarquia de valores persuasivos porque, quanto mais uma decisão anterior estiver ligada a uma norma codificada específica, mais se terá certeza de que o precedente se coaduna com os princípios e diretrizes do legislador. A posição do juiz como um *rulemaker* provisório, e não como um legislador igual (*lawmaker)*, significa que ele tem o dever de restringir, tanto quanto possível, aos princípios e diretrizes do legislador" (James L. Dennis, *Uso do precedente no Código Civil da Luisiana*, p. 35-36, *apud* Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit.*, p. 53-54).

[128] Essa expressão é uma abreviação de "stare decisis et non quita movere", traduzido de forma livre como "mantenha a decisão e não modifique o que está estabelecido".

Contrariamente, nos sistemas jurídicos de *civil law*, que tem raízes romano-germânicas, a regra é de que as normas gerais e abstratas são criadas por intermédio de um órgão legislativo próprio e organizadas em diplomas legais. A partir daí, os juízes aplicam o Direito já estabelecido nas leis e proferem suas decisões judiciais[129]. Nesses sistemas, o precedente judicial tem assumido, em regra, foros de não-vinculação, em virtude, justamente, do primado da legalidade.

É relevante para este trabalho fazer uma breve incursão pelas peculiaridades de cada um desses sistemas jurídicos, notadamente o inglês, o americano e o português, tecendo considerações sobre a teoria do precedente judicial, para melhor compreender a importação do efeito "vinculante" para o Brasil, país que tem origem no *civil law,* porém que importou o instituto com diversas características próprias da *common law.*

Enfatizamos que esse resgate histórico é muito importante para tentar responder a algumas questões relacionadas à implantação do efeito "vinculante" e, por conseqüência, ao ingresso da súmula "vinculante" em nosso país.

### *2.3.1 Aplicação do precedente judicial na Inglaterra*

#### *2.3.1.1 Formação da* common law

A teoria do precedente judicial ou *case system* teve origem na Inglaterra, em meados do século XV. Sendo a Inglaterra um país sem legislação codificada e diante da necessidade de fundamentar suas decisões, os juízes passaram a se ancorar nos costumes locais já solidificados, por ocasião da produção de suas sentenças. David e Jauffred-Spinosi, citados por Lenio Streck[130], resumem a história do direito inglês, dividindo-a em quatro períodos:

---

[129] Ainda hoje a doutrina diverge quanto ao caráter criativo ou meramente descritivo do direito pelos tribunais. Já esclarecemos sobre esse assunto no item 1.8.1.

[130] *Súmulas no direito brasileiro:* eficácia, poder e função, p. 38-39.

> "O primeiro é o que precede a conquista normanda de 1066. O segundo, que se estende daquela data até o advento da dinastia dos Tudor (1485), que corresponde à formação da *common law*, durante o qual surge um novo sistema jurídico sobre os costumes locais anteriores; as condições da *common law* têm exercido uma influência que ainda subsiste sobre esse sistema. A aplicação se dava em circuitos periódicos dos condados e posteriormente em Londres, nas Cortes Reais. Por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial. Por volta do século XIII, começaram a circular as decisões dos magistrados, reduzidas a termo. Criaram-se anuários que foram os precursores dos *law reports.* O sistema da *common law*, desse modo, desenvolveu-se na estrita dependência de processos formalistas e, a partir de um determinado momento, passou a encontrar dificuldades para desenvolver-se e atender às necessidades da época. O terceiro período vai de 1485 a 1832, que corresponde à época de maior florescimento da *common law*. Neste período, surge a *equity*, caracterizada por ser um recurso à autoridade real diante da injustiça flagrante de alguns casos concretos. Encaminhavam-se petições ao rei ou ao seu conselho, que eram despachadas pelo chanceler (*Keeper of the King's Conscience*), encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão. Entra-se, então, no quarto período com a primeira Lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), que, no ano de 1873, fundiu as jurisdições de *common law* e de *equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados na *common law* e daqueles fundados na *equity.*"[131]

Com as reformas judiciais entre o período de 1873 e 1876 (*Judicature Acts* e *Apellate Act*), várias mudanças se operaram no sistema jurídico inglês, entre as quais a edição de um código procedimental (*Rules of the Supreme Court*), o qual se chamou *The White Book*, e a instituição de regras para a revisão das decisões por uma corte superior. Nessa época, houve um incremento na criação legislativa, gerando, por conseguinte, novas regras de direito legislado (*statute law*).

Com efeito, o Direito inglês é todo ancorado na jurisprudência, que provém dos costumes. Em vez de se citar o texto de uma lei, habitualmente se indicam sentenças que aplicaram referida lei (*leading cases*). Daí já se denuncia a importância do precedente judicial.

---

[131] Até hoje há a distinção entre *common law* e *equity,* que equivale, em nosso sistema jurídico, à divisão entre Direito público e privado. Todavia, com o primeiro *Judicature Act,* houve a união da jurisdição e uma única corte passou a aplicar regras de *common law* e regras de *equity.*

O Direito legislado (*statute law*), por sua vez, assume posição secundária, sendo aplicado de forma excepcional, literal e restritiva. Entretanto, o aumento progressivo na edição de leis e de regulamentos administrativos tem, atualmente, fortalecido o *statute law*, concedendo-lhe foros de sistema complementar ao da *common law.*

Em resumo, pode-se afirmar que o direito inglês é formado por três corpos de normas jurídicas: preponderantemente pelo direito comum (*common law*)[132], baseado no costume e produzido pela jurisprudência dos tribunais, pelo direito-eqüidade (*equity*) e pelo direito legislado (*statute law*), de forma complementar.

*2.3.1.2 A organização judiciária da Inglaterra e a vinculação dos precedentes*

Um breve cotejo da organização judiciária inglesa mostra-se relevante na medida em que clareia a forma como se constituem e se aplicam os precedentes judiciais, bem como o modo de elaboração dos repertórios de jurisprudências (*law reports*).

Duas considerações hão de ser feitas antes de tudo: (i) na Grã-Bretanha existem três sistemas jurídicos diferentes, um para a Inglaterra e Gales, outro para a Escócia e um terceiro para a Irlanda do Norte. Circunscrevemo-nos ao sistema inglês. E (ii) a partir do ingresso do Reino Unido na Comunidade Européia, em 1973, aqueles países passaram a se sujeitar ao Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, quando as causas versam sobre direito comunitário.[133]-[134]

---

[132] A relevância do direito comum para os ingleses pode ser sentida com o pronunciamento de Otto Mayer: "A lei comum manifesta-se, assim, como um *ser* de razão. Não é uma lei escrita, nem suscetível de ser redigida e escrita. Não existe em parte alguma e existe por toda parte. Reside em todos os espíritos e se exterioriza em todos os usos e, dessarte, revela um traço nacional, como lei comum. Os juízes, depositários, de certo modo, da consciência pública, declaram esta lei comum, aplicam-na em suas decisões e, através destas decisões, ela se torna conhecida. O juiz é reputado infalível: sua sentença é havida, sem contestação, como conforme à lei comum e, embora não constitua lei, embora jamais se haja atribuído ao juiz algum poder legislativo, a própria decisão basta para se considerar provada a existência das disposições por ele declaradas, criando, por este modo, um precedente obrigatório. A semelhante presunção de infalibilidade do juiz, a essa autoridade dos precedentes, é que se deve a possibilidade de se enquadrar a lei comum em corpo e doutrina" (*De la codificación en Angleterre*, p. 212-213).

[133] Cf. Marcelo Alves dias De Souza, *op. cit.*, p. 58.

A organização judiciária na Inglaterra é dividida entre a alta justiça (*haute justice*), formada pelos tribunais superiores, e a baixa justiça (*basse justice*), que congrega as jurisdições inferiores e alguns organismos quase-judiciários. Os precedentes judiciais, que são seguidos pelos demais órgãos do Judiciário, são formados no âmbito da alta justiça.

Integram a alta justiça:

---

[134] O art. 35º do Tratado da União Européia especifica a competência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia. Transcrevemos o referido dispositivo: "Artigo 35.º 1. O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias é competente, sob reserva das condições constantes do presente artigo, para decidir a título prejudicial sobre a validade e a interpretação das decisões-quadro e das decisões, sobre a interpretação das convenções estabelecidas ao abrigo do presente Título e sobre a validade e a interpretação das respectivas medidas de aplicação.
2. Mediante declaração feita no momento da assinatura do Tratado de Amsterdão, ou posteriormente, a todo o tempo, qualquer Estado-Membro pode aceitar a competência do Tribunal de Justiça para decidir a título prejudicial, nos termos do n.º 1.
3. Qualquer Estado-Membro que apresente uma declaração nos termos do n.º 2 deve especificar que:
a) Qualquer órgão jurisdicional desse Estado cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno pode pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre uma questão suscitada em processo pendente perante esse órgão jurisdicional relativa à validade ou interpretação de um acto a que se refere o n. º 1, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, ou que
b) Qualquer órgão jurisdicional desse Estado pode pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial sobre uma questão suscitada em processo pendente perante esse órgão jurisdicional relativa à validade ou interpretação de um acto a que se refere o n. º 1, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa.
4. Qualquer Estado-Membro, quer tenha ou não feito uma declaração nos termos do n.º 2, tem o direito de apresentar ao Tribunal alegações ou observações escritas nos casos previstos no n.º 1.
5. O Tribunal de Justiça não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num Estado-Membro, ou o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna.
6. O Tribunal de Justiça é competente para fiscalizar a legalidade das decisões-quadro e das decisões no âmbito dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-membro ou pela Comissão. Os recursos previstos no presente número devem ser interpostos no prazo de dois meses a contar da publicação do acto.
7. O Tribunal de Justiça é competente para decidir sobre qualquer litígio entre Estados-Membros decorrente da interpretação ou da execução dos actos adoptados em aplicação do n.º 2 do artigo 34º, sempre que o diferendo não possa ser resolvido pelo Conselho no prazo de seis meses a contar da data em que lhe tenha sido submetido por um dos seus membros. O Tribunal de Justiça é igualmente competente para decidir sobre qualquer litígio entre os Estados-membros e a Comissão decorrente da interpretação ou da aplicação das convenções elaboradas ao abrigo do n.º 2, alínea d, do artigo 34º." (Texto extraído do sítio eletrônico oficial da União Européia, na versão em português, indicado pelo seguinte endereço: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002M/htm/C_2002325PT.000501.html>.)

(i) Câmara dos Lordes (*House of Lords*): representa a mais alta corte de justiça inglesa e é formada por lordes leigos e juristas. É presidida pelo *Lord Chancelier*. Detém competência cível e criminal, predominantemente recursal, de processos advindos normalmente da *Court of Appeal* e, excepcionalmente, da *High Court*. O exercício da função jurisdicional não compete aos lordes leigos, restringindo-se ao Comitê de Apelação (*Appellate Committee of the House of Lords*), que é formado pelos *Lords of Appeal in Ordinary.*

(ii) Comissão Judiciária do Conselho Privado: formada pelos juízes da Câmara dos Lordes, tem a competência de julgar recursos advindos das altas cortes dos territórios britânicos do além-mar ou dos Estados da *Commonwealth* (Nova Zelândia, Gâmbia, Serra Leoa, Austrália (em alguns casos), entre outros).

(iii) Suprema Corte de Justiça (*Supreme Court of Judicature*): composta por três tribunais, a *Court of Appeal,* a *High Court of Justice* e a *Crown Court.*

(iii.a) A *Court of Appeal* detém competência predominantemente recursal. É um tribunal formado pela Divisão Cível (*Civil Division*), presidida pelo *Master of the Rolls*, e pela Divisão Criminal *(Criminal Division*), que tem como chefe administrativo o *Lord Chief of Justice.* Em sua composição, são responsáveis pelos julgamentos dos recursos um colégio de três juízes, formado por um *Lord of Justice of Appeal* e por dois juízes, os quais integram o *Queen's Bench Division* (uma divisão da *High Court of Justice*).

(iii.b) A *High Court of Justice* divide-se em três seções: a *Queen's Bench Division*, a *Chancery Division* e a *Family Division.* É um tribunal composto pelo *Lord Chief of Justice*, responsável por presidir a seção do Banco da Rainha, pelo *Vice-chancellor*, que preside a seção da Chancelaria, responsável pelas questões de *equity*, pelo *President*, que responde pela seção de Família, e mais os *puisne judges*, juízes

assessores, no máximo de 70, escolhidos entre os advogados *barristers*[135] que detenham no mínimo dez anos de exercício profissional. No interior de cada seção, pode haver juízes especialistas em determinadas matérias. Nesse caso, o próprio tribunal admite a criação de sub-grupos especiais, para julgar as respectivas causas, a exemplo das sub-divisões intituladas de Corte de Falências (*Bankruptcy Court*), Corte Societária (*Companies Court*) e Corte Comercial (*Commercial Court*).

(iii.c) A *Crown Court* foi formada, recentemente, por meio do *Courts Act* de 1971 e é uma corte que detém atribuições originárias e recursais, no âmbito criminal.

Complementam a organização judiciária inglesa os órgãos da baixa justiça, entre os quais as *county courts*, os *magistrates* e os tribunais administrativos (*boards, comissions* ou *tribunals*).

(i) As *county courts* são os tribunais de condados ou distritais e servem aos vários distritos espalhados por toda a Inglaterra. As causas apreciadas englobam questões de pouca complexidade e de baixo valor econômico.

(ii) Os *magistrates* são cidadãos a quem foi conferido o título de *justice of peace* e detêm competência para julgar infrações penais de menor potencial lesivo e infrações maiores na fase preliminar. São auxiliados gratuitamente por um secretário jurista (*clerk*).

---

[135] É interessante notar a distinção existente na Inglaterra e em Gales entre os advogados credenciados para atuar nas instâncias inferiores (*solicitors*) e os advogados autorizados a atuar nas instâncias recursais (*barristers*). Oportuno é o comentário de Marcelo Alves Dias de Souza: "Ao contrário do que ocorre na maioria dos países, inclusive no Brasil, existem, na Inglaterra e no País de Gales, dois tipos de 'advogados': os *solicitors* e os *barristers.* Isso nos traz certa dificuldade de entender tal sistema. Quanto aos primeiros, eles são mais de 100.000 (cem mil) em atividade e são supervisionados por seu próprio 'conselho' profissional, a *Law Society.* O direito de eles 'advogarem' é normalmente restrito às *Magistrates Courts* e às *County Courts*, instâncias inferiores. Excepcionalmente, com o '*certificate of advocacy*', eles podem advogar nas *higher Courts,* mesmo assim de modo limitado. Já os *barristers* são mais de 8.000 (oito mil) em atividade. Conhecidos coletivamente como '*The Bar*', eles são supervisionados também por seu conselho profissional, mais especificamente pelo *General Council of the Bar.* Eles podem advogar em qualquer instância, ressaltando sua importância nas instâncias superiores, dado o quase monopólio da profissão que possuem lá" (*op. cit.*, p. 110).

(iii) Os tribunais administrativos (*boards, comissions* ou *tribunals*), por fim, são órgãos administrativos que se encarregam de resolver conflitos em diversas áreas, tais como econômica, fiscal, trabalhista e de locação. São órgãos fiscalizados pelo *Council on Tribunals.*

A teoria do precedente obrigatório, também denominada de *stare decisis* ou *doctrine of binding precedent* ou, ainda, *case system*, determina a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes existentes aos casos análogos a serem decididos. A regra é a compulsoriedade da aplicação das regras contidas em referidas decisões judiciais no âmbito dos tribunais da alta justiça. Neste caso, o juiz não as consulta como mera orientação ou guia.

Na estrutura judiciária inglesa, pode-se resumir a vinculação dos precedentes da seguinte forma:

> "1º – as decisões tomadas pela Câmara dos Lordes constituem precedentes obrigatórios, cuja doutrina deve ser seguida por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ela própria;
> 2º – as decisões tomadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições inferiores hierarquicamente a este tribunal e, salvo em matéria criminal, para o próprio *Court of Appeal*;
> 3º – as decisões tomadas pela *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, sem serem rigorosamente obrigatórias, têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões da própria *High Court of Justice* e pela *Crown Court.*"[136]

As decisões proferidas pela baixa justiça não produzem precedentes, quer obrigatórios, quer persuasivos.

### *2.3.2 Aplicação do precedente judicial nos Estados Unidos*

#### *2.3.2.1 Consolidação da* common law *na América*

[136] René David, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*, *apud* Lênio Luiz Streck, *Súmulas no direito brasileiro:...*, p. 49.

A formação do sistema jurídico nos Estados Unidos foi marcada por diversos conflitos quanto à adoção ao não da *common law* e sua história encontra-se estreitamente ligada à própria formação do Estado americano.

Numa primeira fase, com a colonização do Novo Mundo pelos ingleses, e com a constituição das treze colônias, a presença da *common law* entremeou-se com esparsos diplomas legais, especialmente baseados na Bíblia. Uma vez declarada a independência dos Estados Unidos, em 1776, e com a instituição de uma Constituição americana, a necessidade de segregação, própria da revolução contra os ingleses, buscou rechaçar o direito baseado na jurisprudência e priorizou a instituição de novas leis.

Somando-se a esses fatores, o elevado número de casos julgados e de precedentes judiciais produzidos nos Estados Unidos dificultava a aplicação da *common law.*

Partiu-se, então, para uma tentativa de codificar o Direito naquele país.

Entretanto, a rápida mudança política e social pela qual passavam os Estados Unidos à época, bem como a falta de uniformização das leis americanas e, ainda, as profundas raízes inglesas já incutidas na sociedade representaram obstáculos à criação de um Direito nacional verdadeiramente legislado.

Prevaleceu a *common law,* com exceção do Estado da Luisiana, declaradamente adepto do *civil law.* Atualmente, o sistema jurídico dos Estados Unidos é de *common law*, nos moldes do sistema jurídico inglês, porém com algumas peculiaridades. Lá, a teoria do *stare decisis* apresenta maior flexibilidade, a teor da possibilidade de deixar de aplicar precedentes tidos como obrigatórios mais freqüentemente. Oportuna é a lição de Alan Farnsworth[137] a esse respeito:

---

[137] *Introdução ao sistema jurídico nos Estados Unidos*, p. 68.

> "Por várias razões, a doutrina do precedente nunca desfrutou nos Estados Unidos da autoridade absoluta que tem atingido na Inglaterra. O grande volume de decisões, com conflitos de precedentes em diferentes jurisdições, reduziu a autoridade das decisões individuais. A rapidez do desenvolvimento enfraqueceu a aplicabilidade de precedentes a casos posteriores surgidos depois de as condições sociais e econômicas se terem alterado com a passagem dos anos. Não obstante, a doutrina do precedente, ainda que aplicada com menos rigor do que na Inglaterra, está firmemente estabelecida nos Estados Unidos."

As peculiaridades que se lhe apresentam começam pela existência de uma Constituição escrita, que é o fundamento de validade das outras normas jurídicas hierarquicamente inferiores,[138] além da forte descentralização da jurisdição, até a possibilidade de os Estados terem seus próprios códigos, estabelecendo os procedimentos judiciais a serem praticados.

*2.3.2.2 A organização judiciária dos Estados Unidos e a vinculação dos precedentes*

A organização judiciária americana é mais complexa do que a inglesa. Isso porque é segregada em duas estruturas: o sistema jurídico federal (nacional) e os sistemas estaduais, com competências territoriais coincidentes. Em cada Estado-membro coexistem pelo menos um tribunal federal e um tribunal local.

No âmbito da Justiça Federal, existe a seguinte estrutura[139]:

(i) Suprema Corte dos Estados Unidos (*U.S. Supreme Court*)*:* consiste na mais alta corte judiciária dos Estados Unidos. Sua múltipla competência é traçada originariamente pela Constituição. Encontra-se sediada em Washington, DC, e é formada por nove ministros (*justices*), entre os quais um ocupa a função de presidente (*chief justice*).

---

[138] Neste ponto, coincide com os sistemas jurídicos de *civil law.*
[139] Lawrence M. Friedman, *Introducción al derecho norteamericano, passim.*

(ii) Tribunais Federais de Apelação (*U.S. Courts of Appeal* ou *Circuits*): são treze tribunais federais, que albergam as doze regiões americanas distintas e mais a *Court of Appeal for the Federal Circuit*, de âmbito nacional, com competência estabelecida em razão da matéria.

(iii) Cortes Distritais Federais (*U.S. District Courts*): equivalem à jurisdição de base da Justiça Federal americana, existindo pelo menos uma em cada Estado-membro.

De outro lado, cada um dos Estados-membros detém sua organização judiciária com características próprias, conquanto apresentem traços semelhantes. Dizemos com Victoria Sesma[140] que, "ainda que independentes uns dos outros, os cinqüenta sistemas estaduais têm muito em comum; todos têm tipos e níveis jurisdicionais similares e com funções parecidas".

Em geral, as Justiças Estaduais americanas (*State Court systems*) são estruturadas da seguinte forma[141]:

(i) Suprema Corte Estadual (*Final Court of Appeal* ou *Supreme Court of Appeal*): tribunal localizados no ápice da organização estadual. Detém competência para julgar casos relacionados à interpretação da Constituição e da legislação estadual.

(ii) Tribunais de Apelação (*Intermediate Appellate Courts*): mantêm competência recursal, havendo variações de Estado para Estado, inclusive quanto ao título conferido (*Appellante Division, State Appellate Court, Superior Court* ou *Intermediate Court of Appeal*). Não estão presentes em todos os Estados.

---

[140] Tradução livre de "aunque son independientes unos de otros, los cincuenta tribunales estatales tienen mucho en común; todos tienen tipos y niveles tribunales similares, con funciones comparables" (*apud* Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit.*, p. 94).
[141] Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit., passim.*

(iii) Tribunais de Condado (*County Courts*): consistem em tribunais que mantêm competência sobre áreas geograficamente maiores. Existem os que detêm jurisdição geral e outros que são especializados em determinados assuntos, como os *Family Courts* e os *Probate Courts,* todos com mesma posição hierárquica.

(iv) *Municipal Courts*: nas cidades existem as cortes estaduais inferiores, que se preocupam em resolver questões de menor relevância. Esta é a primeira instância da organização judiciária estadual e recebe diversas denominações (*Traffic Court, City Court, Night Court, Police Court, General District Court,* entre outras).

(v) Justiça de Paz (*Justice of the Peaces*) e *magistrates:* consistem em órgãos administrativos que detêm competência para realizar casamentos e atividades notariais, bem como decidir questões cíveis e penais de menor potencial lesivo.

Nos Estados Unidos, a teoria do precedente toma os seguintes matizes, quanto ao caráter de vinculação:

> "1) A Suprema Corte nunca se considera estritamente obrigada por suas próprias decisões, e os demais tribunais federais e estaduais têm seguido esta mesma regra em relação às suas próprias decisões.
> 2) Uma decisão da Suprema Corte é obrigatória em questões federais em todos os demais tribunais (federais e estaduais).
> 3) Uma decisão de um tribunal federal, sobre uma matéria federal, pode ter efeito persuasivo em um tribunal estadual, mas não é obrigatória já que o tribunal estadual só deve obediência a um tribunal federal: a Suprema Corte. E inversamente: uma decisão estadual sobre uma questão federal pode ser persuasiva em assuntos federais, mas não é obrigatória.
> 4) As decisões dos tribunais federais (com exceção das decisões da Suprema Corte) não são obrigatórias para outros tribunais federais de classe igual ou inferior, a menos que o tribunal posterior deva obediência ao tribunal que decidiu a questão."[142]

Aqui vale a mesma observação feita pelo potiguar Marcelo Alves Dias de Souza, ao comentar sobre a aplicação da teoria do *stare decisis* à organização

[142] Victoria Sesma, *El precedent en el common law, apud* Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit.*, p. 96.

judiciária norte-americana. Ele identifica que a singeleza da regra que determina a obrigatoriedade de aplicação do precedente, agregada à quantidade absurda de precedentes produzidos continuamente, gera problemas outros que não conseguem ser resolvidos apenas com essas regras expostas, notadamente quanto ao valor que um precedente de um tribunal (federal ou estadual) tem para o outro (federal ou estadual). Daí por que ele sugere a sistematização do estudo, propondo: "a) a vinculação vertical ao precedente dentro do sistema judicial federal; b) a vinculação vertical ao precedente dentro de um sistema judicial estadual; c) a inter-relação entre o sistema judicial federal e os sistemas judiciais estaduais; d) a inter-relação entre os vários sistemas judiciais estaduais; e) e a vinculação dos tribunais americanos aos seus próprios precedentes"[143]-[144].

### *2.3.3 Os precedentes obrigatórios e seus elementos:* ratio decidendi *e* obiter dictum

Para que se operacionalize a teoria do *stare decisis* é necessária a existência de ferramentas eficientes e acessíveis, que oportunizem aos aplicadores do direito consultar os precedentes já produzidos. Daí o surgimento das compilações de precedentes, chamadas de *law reports*.

Na Inglaterra, o *law reporting system* é formado pelas decisões judiciais proferidas pelos Tribunais superiores que apresentem o caráter de obrigatoriedade e que, além disso, carreguem consigo a argumentação sobre a qual a decisão se baseou.

A mera publicação de uma decisão judicial em uma das compilações de decisões não lhe assegura a característica de precedente judicial com efeito vinculador[145]. Para que um precedente seja vinculador, deve integrar a decisão um

---

[143] *Op. cit.*, p. 97.

[144] Conquanto o assunto seja merecedor de maiores incursões teóricas, não nos ocuparemos neste trabalho do seu aprofundamento.

[145] A essas decisões judiciais publicadas, que não se caracterizem como precedentes judiciais, é conferido o nome de *court record* ou *Plea Rolls*. Cf. Richard Wards *apud* Marcelo Alves Dias de Souza, ao afirmar: "A law report contains most of these and, in addiction, the judgment of the court containing the reasoning upon which the decision has been based. It is this reasoning which is important element in the decision for the purpose of the doctrine of precedent. For this reason court

princípio jurídico utilizado para decidir referido caso, o qual se denomina de *ratio decidendi* ou *holding.*

Deixemos de lado, por ora, a *ratio decidendi* e voltemos aos *law reports.* Algumas considerações merecem ser feitas, antes de tudo, para melhor compreender o sistema de publicação de precedentes.

No sistema inglês, de forma bem sintética, o repertório mais consultado é o *The Law Reports*, que é organizado seguindo a estruturação da alta justiça. Assim, existem quatro séries de publicações: *AC* (publica os precedentes da *House of Lords* e do *Judicial Committee of the Privy Council*), *QB* (decisões da *Queen's Bench Division* da *High Court* e decisões das apelações julgadas na *Court of Appeal*), *Ch* (decisões da *Chancery Division* da *High Court* e decisões das apelações à *Court of Appeal*) e *Fam* (decisões da *Family Division* da *High Court* e decisões das apelações à *Court of Appeal*).

Além disso, há outras publicações como o *Weekly Law Reports,* repertório também oficial e semanal, e o *ALL England Law Reports – ALL ER* (semanal)*,* o *ALL England Law Reports (European Cases) – ALL ER* (sobre casos de direito comunitário), bem como o *Criminal Law Review – Crim LR*[146].

Nos Estados Unidos, onde a quantidade de precedentes é consideravelmente superior, os *law reports* ganham ainda mais relevância. Lá, há os repertórios de precedentes oficiais e os não-oficiais, e a regra é a publicação dos precedentes apenas das cortes de apelação.

As publicações oficiais, chamadas de *reports*, ficam a cargo de um funcionário do governo, a que se chama de *reporter.*

---

records, such as the Pleas Rolls, copies of which dating from the twelfth century are preserved in the Public Record Office, are of little value as precedent" (*op. cit*, p. 104).

[146] Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit., passim.*

O repertório de precedentes oficial mais consultado é o *United States Reports,* compilação das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. No âmbito federal, podem-se citar os repertórios oficiais da *West Publishing Co.:* o *Supreme Court Report,* o *United State Reports (U.S.),* o *Federal Reporter* e o *Federal Suplement,* e as compilações privadas da *United States Supreme Court Reports* e *Lawyers'Edition.* Nos Estados-membros, têm relevância as publicações do *American Law Reports (A.L.R.)* e o *National Reporter System (Regional Reporters),* divididos em regiões.

Ademais, os americanos utilizam o sistema dos digestos e citações. Os primeiros consistem em uma compilação dos precedentes, com diversos índices e correlações entre os inúmeros julgados, e os últimos listam as decisões posteriores julgadas baseadas em um mesmo precedente[147].

Volvendo a atenção aos elementos que integram o precedente, pode-se afirmar que ele é formado basicamente por duas partes: a *ratio decidendi* ou *holding* e o *dictum* ou *obiter dictum.*

A *ratio decidendi* (Inglaterra) ou *holding* (Estados Unidos) consiste, pois, na aposição das razões que levaram determinado tribunal a julgar naquele sentido.

Os estudiosos, em suas muitas definições de *ratio decidendi,* levam em consideração dois aspectos que não podem aqui passar despercebidos. Nas razões de decidir, fazendo uso da literalidade da expressão, o tribunal justifica que sua decisão se baseou em determinadas questões sociológicas, históricas, ou mesmo psicológicas: são as questões fáticas determinantes para o julgamento, a que a doutrina denomina de "*ratio decidendi* no sentido descritivo". Por outro lado, o "aspecto prescritivo da *ratio decidendi*" enfatiza os fundamentos jurídicos, estes sim vinculadores nos casos posteriores. Isso é indicativo de que a expressão apresenta mais de uma acepção.

---

[147] *Ibidem*.

Salmond, citado por Celso de Albuquerque Silva[148], faz as seguintes observações: "Um precedente é uma decisão judicial que contém dentro de si um princípio. O princípio subjacente que contém o elemento de autoridade é freqüentemente chamado *ratio decidendi.* A concreta decisão é vinculante para as partes, mas é a abstrata *ratio deciendi* que sozinha possui força de lei com relação ao resto do mundo".

Para nós, pode-se dizer que a *ratio decidendi* nada mais é do que os enunciados prescritivos veiculados na decisão intitulada de precedente judicial, que tem caráter de obrigatoriedade para as decisões futuras em razão da existência de uma norma jurídica geral que lhe confere esse efeito "vinculante" e, por conseqüência, autoriza que aquela decisão ultrapasse os limites daquele caso concreto decidido e atinja outras situações semelhantes. Nesse sentido é a lição de Hans Kelsen[149]:

> "Como a decisão que constitui o precedente apenas pode ser vinculante para a decisão de casos iguais, a questão de saber se um caso é igual ao precedente é de importância decisiva. Como nenhum caso é igual ao precedente sob todos os aspectos, a 'igualdade' de dois casos que a esse respeito interesse considerar apenas pode residir no fato de eles coincidirem em certos pontos essenciais – tal como, na verdade, também dois fatos que representam o mesmo delito não coincidem em todos os pontos, mas apenas em alguns pontos essenciais. Porém, a questão de saber em que pontos têm de coincidir para serem considerados como 'iguais' apenas pode ser respondida com base na norma geral que determina a hipótese legal (*Tatbestand*), fixando os seus elementos essenciais. Portanto, só com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente se pode decidir se dois casos são iguais. A formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos 'iguais' ".

Mister uma última consideração sobre o tema: a *ratio decidendi* não é individualizada pelo juiz ou pelo tribunal que produz a decisão, mas pela corte vinculada. Com efeito, é o juiz do caso em julgamento que tem a incumbência de

---

[148] *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação, p. 183.
[149] *Teoria pura do direito*, p. 278.

construir o precedente vinculador e delimitar o que se configura como *ratio decidendi* e a parte que se caracteriza como *obiter dictum.*

Essa questão tem gerado inúmeras discussões, notadamente sobre a perda da força vinculadora dos precedentes, e o desenvolvimento de várias teorias que se propõem a estabelecer métodos adequados de identificação da *ratio decidendi,* variando entre aquelas teorias menos formalistas, que acatam maior flexibilidade na identificação dos enunciados vinculadores, e outras mais ortodoxas, que concebem a *ratio decidendi* como algo determinado e fixo, imutável, portanto[150].

Por outro lado, o que não é *ratio decidendi* no precedente judicial pode ser chamado de *dictum* ou *obiter dictum*, que nada mais é do que os enunciados prescritivos veiculados na decisão posta sob julgamento, que tem efeito somente *inter partes,* e que não integram o núcleo do caso decidido.

São questões decisórias incidentais sobre as quais muitas vezes o juiz ou tribunal tem de se debruçar para possibilitar, na seqüência, a análise do problema central discutido, *v.g.*, preliminares processuais argüidas.

Dessa forma, ainda que um *obiter dictum* contenha fundamentação consistente, se não disser respeito à questão central posta sob julgamento, não será alcançado pela norma jurídica que concede efeito "vinculante" e, por conseqüência, só terá valor persuasivo sobre outros julgados. Nesse sentido, professa Michael Zander, citado por Marcelo Alves Dias de Souza[151]:

> "Dicta podem ser de grande peso persuasivo, mas não podem, sob circunstância alguma, ser obrigatórias para qualquer corte. A afirmação mais cuidadosamente considerada e deliberada do Direito, apesar de feita por todos os cinco Law Lords, mas que é uma dictum, não pode obrigar nem mesmo o juiz de grau mais inferior do país. Tecnicamente, ele está livre para seguir seu próprio caminho. Na prática, é claro, as fortes decisões obiter das cortes superiores

[150] Para um maior aprofundamento sobre referidas teorias, consultar Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit*, p. 126 e ss.
[151] *Ibidem*.

> são seguidas e certamente receberão a maior atenção; mas, nos termos precisos da teoria, elas não são obrigatórias. Este é o motivo por que, tecnicamente, a Court of Appeal não está obrigada pelos pronunciamentos da House of Lords no sentido de que a Court of Appeal deveria seguir suas decisões. Tal pronunciamento não pode fazer parte da ratio da decisão da House of Lords, já que um caso na House of Lords não requer uma decisão sobre o manuseio dos precedentes pela Court of Appeal e, portanto, algo dito sobre o assunto é necessariamente obiter."[152]

### *2.3.4 Hipóteses de não aplicação dos precedentes obrigatórios:* distinguishing, overruling, overriding *e* reversing

Já foi dito que, pela teoria do *stare decisis,* a aplicação do precedente no julgamento de casos análogos é obrigatória. Essa é a regra, que acolhe, entretanto, algumas exceções. Nessas ocasiões, o juiz ou tribunal é autorizado a desconsiderar os postulados contidos no enunciado vinculador e a julgar conforme suas próprias convicções, desde que haja razões suficientemente fortes para a mudança de entendimento.

Mas quais são as causas que legitimam a mudança do entendimento consolidado no precedente judicial? Quais são as razões que autorizam que o juiz ou tribunal se afaste da regra cristalizada por meio de discussões já amadurecidas anteriormente?

Muitos estudiosos têm dedicado esforços no sentido de elaborar e classificar algumas técnicas que autorizam essa mudança de entendimento, para evitar a manutenção de uma ampla discricionariedade aos juízes. Nesse sentido, Lyndel

---

[152] *The law-making process,* 5ª ed. London: Butterworths, 1999, p. 262-263. Tradução livre de: "*Dicta* may be of very great persuasive weight but they cannot under any circumstances be binding on anyone. The most carefully considered and deliberate statement of law by all five Law Lords which is *dictum* cannot bind even the lowliest judge in the land. Technically he is free to go his own way. In practice, of course, weight *obiter* pronouncements from higher are likely to be followed and will certainly be given the greatest attencion, but in strictest theory they are not binding. This is the reason that technically the Court of Appeal is not bound by statements in the House of Lords that the Court of Appeal should follow its own decisions. Such a statement cannot form part of the *ratio* of the House of Lords decision, since a case in the House of Lords does not require a decision as to the handling of precedents by Court of Appeal and therefore anything said on the subject is necessarily *obiter*".

Prott[153] indica diversos argumentos, favoráveis e contrários à mudança do entendimento consolidado no precedente judicial. De acordo com suas anotações, são argumentos favoráveis à adoção de um novo entendimento:

> "1) em regra, o precedente deve ser reputado errado; 2) o precedente causa uma óbvia injustiça; 3) o precedente não representa mais uma boa política pública; 4) circunstâncias se alteraram desde que o caso precedente foi decidido; 5) o parlamento legislou sobre o assunto e modificou o entendimento do tribunal sobre o tema; 6) o precedente se refere a uma questão mais abrangente; 7) é uma decisão recente; 8) é uma decisão antiga; 9) o precedente está impedindo o desenvolvimento do direito; 10) a regra fixada no precedente é mais processual do que substancial; 11) o precedente tem conduzido a uma série de distinções muito detalhistas com o que aumentou a incerteza do direito; 12) o precedente é constitucional e a decisão não decorre de manifestação da corte superior; 13) a decisão decorreu de um claro erro ou está em conflito com outras decisões ou princípios já pacificados; 14) a composição da corte mudou; 15) a decisão foi posteriormente utilizada pelo Poder Legislativo para ameaçar o equilíbrio da Constituição."

Em contrapartida, indica argumentos contrários, defendendo, por conseqüência, a manutenção e aplicação do precedente já existente:

> "1) O precedente não é errado; 2) revogar o precedente ameaçaria a certeza nessa área do direito; 3) acordos comerciais, financeiros e fiscais foram feitos com base no precedente; 4) revogar o precedente estimularia litigantes freqüentes a rediscutir teses já julgadas em seu desfavor; 5) o parlamento legislou sobre o assunto e não mudou a orientação do tribunal; 6) revogar o precedente reabriria muitas questões já pacificadas com base no precedente; 7) é uma decisão recente; 8) é uma decisão antiga; 9) o precedente se refere a uma questão que é de iniciativa exclusiva do parlamento; 10) existe uma forte divergência na opinião judicial e ambos pontos de vistas são defensáveis; 11) o precedente se refere a uma interpretação de texto legislativo; 12) o precedente se refere a uma caso criminal; 13) o precedente é parte de uma série de decisões, mais de uma já reafirmadas; 14) a decisão considerou uma legislação válida e aquela legislação influenciou os atos de seus destinatários; 15) o caso foi inteiramente argumentado do mesmo modo que na corte precedente."[154]

---

[153] *When will a superior court overrule tis own decision?*, p. 314-315, *apud* Celso de Albuquerque Silva, *op. cit.*, p. 263.
[154] *Ibidem.*

Com efeito, qualquer dos argumentos analisados de forma isolada não fornece elementos seguros para solucionar o impasse entre a segurança jurídica, princípio valorizado pela manutenção do precedente, e a justiça social, que se vislumbra com a modificação do entendimento e da adequação ao caso. Assim, a nosso ver, parece que a melhor solução está na análise de cada caso e na adoção da razoabilidade, utilizando a ponderação própria do intérprete do direito.

As hipóteses arroladas nos compêndios de não aplicação dos precedentes obrigatórios são, basicamente: o *distinguishing,* o *overruling,* o *overriding* e o *reversing*. Debrucemo-nos brevemente sobre cada uma delas.

*Distinguishing* ou distinção consiste na possibilidade de não aplicação do precedente obrigatório em razão de não haver coincidência entre os fatos fundamentais do precedente obrigatório com os fatos fundamentais do caso posto sob julgamento. Nessa trilha, Celso de Albuquerque Silva[155] define o instituto como "criar uma exceção à regra geral na medida em que, como o caso que atualmente se decide se encontra por ele abrangido, deveria ser, mas de fato não é por ela alcançado".

É oportuno fixar que, ao construir um precedente com efeito vinculador, o juiz emite, além da norma individual e concreta que resolve o litígio, outra norma jurídica de abrangência geral, que atingirá outros casos futuros. É o efeito "vinculante" do precedente.

Em referida norma jurídica geral, estruturada na forma implicacional, há, conforme explicado no item 1.6 deste trabalho, duas partes, uma antecedente, que descreve um fato de possível ocorrência no mundo fenomênico, e outra, o conseqüente, que liga esse fato jurídico ao nascimento de uma relação jurídica.

Nesse passo, se o precedente obrigatório carrega uma norma jurídica geral e abstrata, para que ela venha a gerar efeitos jurídicos, é necessário que haja a sua

[155] *Ibidem*, p. 247.

incidência. Portanto, se o fato contido no caso posto sob julgamento não coincide com o fato descrito na norma geral e abstrata da norma vinculadora, por conseqüência, não há como aplicar referidos enunciados.

O que para alguns estudiosos é denominado de *distiguishing,* para nós, é a impossibilidade de incidência da norma jurídica geral e abstrata a um fato, em razão da não coincidência daquela com este. Isso porque para se operar a incidência é necessário que se opere a subsunção entre a norma e o fato.

O *overruling*, por sua vez, está intimamente ligado com a possibilidade de os juízes reverem suas próprias decisões e, considerando-as equivocadas, injustas ou de pouca efetividade, criarem novo Direito.

Esse instituto tem sido compreendido como a construção de uma decisão judicial desconsiderando o precedente obrigatório, sob o argumento de que o Direito contido no precedente obrigatório foi mal compreendido ou mal explicado. Assim, opera-se uma revogação do precedente obrigatório anterior por meio da construção de um novo precedente, que concederá uma novel interpretação àquela regra de direito.

Relevantes são as ponderações de William Reynolds[156], citado por Marcelo Alves Dias de Souza[157], sobre os motivos para se aplicar o o*verruling:*

> "O primeiro passo, é claro, requer que o juiz determine que a regra anterior foi um erro, ou que a sociedade mudou desde que foi anunciada, ou que a nova regra simplesmente funciona melhor. (...) O fato de chegar-se à conclusão de que o estabelecimento de uma nova regra serve melhor à sociedade, embora seja isso necessário para a decisão de revogar um precedente, não é suficiente por si só; a questão complexa de se revogar um precedente enseja considerações acerca de outros interesses sociais e acerca da suficiência desses interesses para ensejar adesão a uma decisão 'errada'. O principal fator a ser considerado na determinação de se revogar o precedente é o valor de um regime de *stare decisis*, como foi discutido anteriormente (§ 4.11). Toda revogação requer que um preço seja pago: perda de estabilidade

[156] *Judicial process in a nutshell*, p. 169.
[157] *Ibidem*, p. 150-151.

> e confiança, dano à eficiência do sistema, redução na possibilidade de previsão. Uma corte deve analisar estes fatores para que possa traçar um equilíbrio entre perdas e ganhos a serem obtidos com a revogação. Embora alguns dos fatores a serem considerados sejam apenas relativamente determináveis em seus efeitos, a análise cuidadosa pode ajudar a resolver alguns dos problemas."

O *overruling* também costuma ser utilizado quando um precedente obrigatório perdeu sua eficácia social ou em virtude de a regra ali contida estar obsoleta. Atento a essas peculiaridade, Melvin Aron Eisemberg[158] assevera que a doutrina vinculadora deve ser invalidada quando, concomitantemente, (i) não satisfizer mais as exigências de congruência social e consistência sistêmica e (ii) quando os valores que legitimam o efeito vinculador, tais como a proteção de justificável confiança, a defesa contra injusta surpresa, a previsibilidade, a isonomia, entre outros, não continuarem a ser preservados.

Nessa mesma esteira, o *overriding* consubstancia-se como uma revogação parcial da regra jurídica contida no precedente judicial, em razão da formulação de um precedente posterior, contendo uma norma jurídica que afasta ou restringe a interpretação do entendimento esposado no primeiro precedente.

Pode-se afirmar que o *overriding* não é uma completa mudança de entendimento, a teor do que se opera com o *overruling,* mas uma modificação gradual do entendimento firmado por ocasião da formação do precedente originário, para que se oportunize a manutenção da justiça social.

Por fim, também se enumera como hipótese de não aplicação do precedente obrigatório o *reversing* ou *reversal*, entendido como a alteração do entendimento esposado no precedente judicial pela via recursal, ou seja, o tribunal superior modifica a regra jurídica contida no precedente judicial elaborado pelo tribunal inferior.

---

[158] *The nature of the common law*, p. 104.

Convém, neste caso, transcrever os comentários de Jane Ginsburg[159], citada por Marcelo Alves Dias de Souza[160], sobre essa possibilidade:

> "É importante aqui ressaltar uma outra distinção na terminologia jurídica: entre 'revogação' e 'reforma'. (...) As duas noções são distintas e carregam conseqüências diferentes. Elas não são permutáveis. A mais alta corte do sistema judicial 'revoga' seu próprio precedente. A decisão prévia continua a obrigar as partes da decisão, mas a decisão revogada não é mais um precedente para as controvérsias subseqüentes. Ao contrário, uma corte superior 'reforma' a decisão de uma corte inferior, quando uma corte superior chegou à conclusão de que houve um resultado errôneo (quanto aos fatos ou quanto ao Direito) naquele caso. Como resultado, o julgamento da corte inferior é posto de lado e não tem mais efeitos em relação às partes daquela controvérsia."

## 2.4 O precedente judicial no sistema do *civil law*

O sistema jurídico do *civil law* teve sua origem na sociedade romana, a partir da instituição do *Corpus juris civilis,* de Justiniano. Referido conjunto jurídico englobava quatro obras muito distintas, quais sejam: o *Digesto* ou *Pandectas,* formado por cinqüenta livros, que traziam discursos dos principais juristas romanos; o *Codigo,* que reunia as leis imperiais em doze livros; as *Institutas,* que consistia em uma obra didática para facilitar o entendimento do Direito; e as *Novelas,* que conglomeravam as leis mais recentes, que derrogavam os diplomas passados.

Com a conquista pelos romanos de parte da Europa e do Oriente, o direito romano passou a ser difundido entre os diversos territórios e a ser recepcionado pelos mais variados povos, resultando numa herança romana em praticamente todos os ordenamentos jurídicos europeus, inclusive no direito germânico. Embora haja

---

[159] *Legal methods.* Westbury: The Fundation Press, 1996, p. 05. Tradução livre de: "It is important here to underscore one other distinction in legal terminology: between 'overruling' and 'reversal' (…) The two notions are distinct, and carry different consequences. They are not interchangeable. The highest court of the jurisdiction 'overrules' its own precedent. The prior decision continues to bind the parties to it, but the overruled decision is no longer authoritative as to subsequent controversies. By contrast, a high court 'reverses' the decision of a lower court when a higher court has reached an erroneous result (on the facts or on the law) in that case. As a result, the lower court's judgment is sit aside and is no longer effective as to the parties to that controversy".

[160] *Ibidem*, p. 153.

exceções, a exemplo da Inglaterra e da Escandinávia, o fato é que o direito romano influenciou em muitos aspectos o sistema jurídico dos povos, de forma a prevalecer o direito escrito, codificado em leis.

Sobre a importância dos códigos para os países afeitos ao *civil law,* transcrevemos os dizeres de Júlio Cueto Rúa[161], para quem

> "los códigos siguen conservando su prestigio en todos los países de tradición romanista. Se los sigue utilizando de manera prioritaria. Son guia indispensable para el conocimiento del Derecho y base primaria para la búsqueda de soluciones racionales, consistentes y omni-compreensivas de los problemas característicos tanto de las relaciones econômico-financeiras como de las relaciones no-económicas (v.g. las familiares)."

Com efeito, o elemento que distingue os sistemas jurídicos da *common law* e do *civil law* é a forma de criação das normas jurídicas.

Pela *common law,* em razão de praticamente inexistir direito legislado (*statute law*), as primeiras decisões judiciais sobre determinado assunto são produzidas com base em normas gerais consuetudinárias. Em seguida, essas decisões individuais e concretas carregam consigo outra norma geral, com efeito vinculador e aplicabilidade aos casos semelhantes. As decisões judiciais posteriores terão fundamento de validade na norma geral provinda do precedente judicial.

As normas jurídicas gerais e abstratas, portanto, são produzidas pelos tribunais a partir da construção de precedentes judiciais. Referidas normas jurídicas gerais detêm efeito "vinculante". Daí a teoria do *stare decisis* e a importância dos precedentes judiciais para a *common law.*

Nos países adeptos do *civil law,* confere-se maior importância à lei.

---

[161] *La ley en el mundo contemporâneo*, p. 247

A regra é que as normas gerais e abstratas sejam produzidas por um órgão legislativo próprio e organizadas em estatutos legais, e as normas individuais e concretas proferidas nas decisões judiciais devem estar ancoradas nas leis.

Em referidos sistemas jurídicos, a figura do precedente judicial existe, porém, em virtude de normalmente não vir acompanhada da norma jurídica geral que confere efeito "vinculante", sua característica é predominantemente persuasiva.

Hans Kelsen[162], entretanto, admite a utilização de precedentes vinculadores nos sistemas do *civil law* em apenas duas situações: (i) quando inexiste norma geral e abstrata trazida pela lei ou (ii) quando a norma geral e abstrata não contiver uma determinação unívoca e admitir conceitos indeterminados. Para ele, "em ambos os casos, o tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar"[163]. E continua: "A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada"[164].

Nessa segunda hipótese, o precedente, ao indicar a interpretação a ser dada à norma geral e abstrata, propicia a uniformização da jurisprudência[165]. Não é por acaso que vários países de tradição romano-germânica, como Alemanha, Argentina, Colômbia, Suíça, Espanha e México, têm adotado a obrigatoriedade dos precedentes judiciais, sobretudo em matéria constitucional, a fim de assegurar essa unidade de entendimento.

---

[162] *Op. cit.*, p. 278.
[163] *Ibidem*.
[164] *Ibidem*.
[165] A expressão aqui está sendo utilizada no sentido de decisões do Poder Judiciário.

### *2.4.1 A uniformização da jurisprudência e o efeito "vinculante" nos países de* civil law

O primado da legalidade nos países de tradição romano-germânica, em que ninguém se encontra obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, posiciona, em regra, a jurisprudência dos tribunais como decisões meramente persuasivas.

Não tendo a jurisprudência o caráter de vinculação e conservando algumas leis gerais e abstratas abertura para interpretações diferenciadas, a divergência jurisprudencial é algo sentido, em maior ou menor grau.

Entretanto, "a possibilidade de que, num mesmo instante histórico – sem variação das condições culturais, políticas, sociais, econômicas, que possa justificar a discrepância –, a mesma regra de Direito seja diferentemente entendida, e a espécies semelhantes se apliquem teses jurídicas divergentes ou até opostas, (...) comprometida estará a unidade do Direito, pondo em xeque a efetividade da garantia jurisdicional"[166].

A necessidade da manutenção de um direto nacional, em que um único Direito seja aplicado a todos que habitam o mesmo território, preservando, por conseguinte, a unidade sistêmica, gera a necessidade de combater a divergência, uniformizando a jurisprudência.

Demonstramos, a seguir, que a necessidade de se efetivar uma uniformização da jurisprudência tem feito com que alguns países de *civil law* utilizem o efeito "vinculante" de suas decisões como forma de reduzir estas desigualdades e garantir maior segurança jurídica.

---

[166] José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 4.

*2.4.1.1 Em Portugal*

A uniformização da jurisprudência e o efeito "vinculante" em Portugal encontram-se intimamente ligados com o instituto dos assentos portugueses.

A sua origem remonta a época das façanhas (*fazañas y albedrios*)[167], consideradas julgados importantes sobre determinada matéria, que deveriam ser seguidos sempre que as mesmas situações se repetissem.

Entretanto, foi a partir dos assentos da Casa da Suplicação[168], cuja vinculação foi decretada pelas Ordenações Manuelinas (Livro V, Título 58, 1º) , nos idos de 1521, que o instituto passou a efetivamente ser conhecido e aplicado. O primeiro assento de que se tem notícia é datado de 27 de fevereiro de 1523, tendo sido emitido na cidade de Évora[169].

Os assentos eram interpretações autênticas das leis do Reino de Portugal e tinham força de lei. Foram aplicados no Brasil Colônia, em virtude das disposições contidas nas Ordenações Manuelinas e na Lei da Boa Razão.

Com a Lei da Boa Razão, em 1769, não só a Casa da Suplicação poderia expedir assentos, mas também os Tribunais chamados de Relações (desde que os seus assentos fossem confirmados pela Casa da Suplicação).

Entretanto, em 22 de março de 1822, por influência das idéias liberais, a Casa da Suplicação, e, conseqüentemente o seu poder para expedir assentos, foi extinta. Em

---

[167] Vale ressaltar o comentário de José Alberto Dos Reis sobre o primórdio dos assentos em Portugal: "Muito cedo se esboçou entre nós essa tendência. A primeira manifestação que se descobre é a das façanhas. Lê-se em Lobão: 'chamavam-se "façanha" ao juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso, que, por autoridade de quem o faz e dos que o aprovaram, ficou servindo de aresto para se imitar e seguir como lei quando outra vez acontecesse'" (*Código de Processo civil anotado*, p. 234).

[168] A Casa da Suplicação correspondia ao atual Supremo Tribunal de Justiça, tribunal que decidia em última instância na monarquia portuguesa, e acompanhava o rei e a corte onde quer que fossem.

[169] Nuno J. Silva, *História do direito português*, p. 255.

seu lugar, foi criado o Supremo Tribunal de Justiça[170], com atribuições para estabelecer unidade na interpretação e aplicação da lei, sem, contudo, editar assentos. A proposta não funcionou, especialmente porque inexistia um instrumento processual destinado à uniformização da jurisprudência.

Seguiu-se um tempo de forte característica individualista e aversão à formação de correntes jurisprudenciais, o que aumentou a divergência e, por conseguinte, a insegurança jurídica.

Preocupado em conciliar o princípio da separação de poderes com a uniformização da jurisprudência, o governo editou, em 1918, o Decreto 4.620, no qual propôs a uniformização por intermédio de recursos interpostos no Supremo Tribunal de Justiça contra acórdãos divergentes do Tribunal das Relações ou do próprio Supremo Tribunal de Justiça. A proposta não resultou exitosa, tendo sido substituída pelo Decreto 12.353, de 1926.

Em referido sistema, "perante um conflito de jurisprudência, criado por soluções opostas da mesma questão de direito por parte do Supremo, o litigante vencido no acórdão ainda não transitado em julgado, tem o direito de interpor recurso, fundado na oposição de acórdãos. Este recurso há de ser julgado em tribunal pleno; e a jurisprudência que em tal julgamento for estabelecida fica revestida para o futuro, de força obrigatória tanto para os tribunais inferiores, como para o próprio Supremo, enquanto não for modificada por outra, igualmente emitida por tribunal pleno"[171].

A partir daí, o Supremo Tribunal passou a chamar essas decisões de Assentos, embora o Decreto não as intitulasse assim.

---

[170] Atualmente, a organização judiciária portuguesa compreende: (i) o Tribunal Constitucional, (ii) o Supremo Tribunal de Justiça, (iii) os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância (Relações), (iv) o Supremo Tribunal Administrativo e demais órgãos administrativos e fiscais, (v) o Tribunal de Contas, (vi) os tribunais marítimos e (vii) os tribunais arbitrais e julgados de paz.

[171] José Alberto dos Reis, *op. cit*, p. 240-241.

O Código de Processo Civil de 1939 e o de 1961 reincorporaram ao sistema jurídico português a denominação de assentos, mas o caráter de vinculação somente adveio com o Código Civil, em 1966, que autorizava os tribunais a fixarem "doutrina com força obrigatória geral", nos casos previstos em lei.

O instituto mantém características bem peculiares, que o distinguem de outras ferramentas utilizadas para a uniformização jurisprudencial em outros países. Isso porque o assento consiste em uma norma jurídica geral e abstrata, formulada para o futuro, expedida por um tribunal ou um órgão integrante do Poder Judiciário, que pretende solucionar um conflito de jurisprudência, e detém obrigatoriedade geral (e não apenas aos tribunais hierarquicamente inferiores, na organização judiciária).

Nessa trilha, Castanheira Neves[172] já defendia que o assento é "uma prescrição jurídica (imperativo ou critério normativo-jurídico obrigatório) que se constitui no modo de uma norma geral e abstracta, proposta à pré-determinação normativa de uma aplicação futura, susceptível de garantir a segurança e a igualdade jurídicas, e que não só se impõe com a força ou a eficácia de uma vinculação normativa universal como se reconhece legalmente o caráter de fonte do direito".

E continuava, professando que diverge de outros

> "institutos do tipo da *doutrina legal* (doutrina jurídica de origem jurisprudencial) do Supremo Tribunal espanhol ou da 'jurisprudência obrigatória' da Suprema Corte mexicana. Em ambos os casos o que se torna vinculante é a orientação jurídica, que através de uma jurisprudência reiterada ou de certo número de decisões jurisdicionais, estes supremos tribunais mantiveram constante, enquanto que nos *assentos* não se trata de dar relevo a uma jurisprudência constante ou uniforme, mas de impor, mediante uma norma expressamente formulada para o futuro, a solução de um conflito de jurisprudência – solução norma que nem tem de cingir-se às teses jurisprudenciais em conflito, optando apenas por uma delas, nem de traduzir qualquer orientação jurisprudencial anteriormente seguida. O assento é 'norma' (constitui-se *ex-novo* visando o futuro) e não 'jurisprudência' (consagração de soluções que vêm do passado e persistem). (...) Igualmente se não se pode identificar o regime dos assentos ao regime do

[172] *O instituto dos assentos*, p. 315.

> 'precedente obrigatório', que vigora nos sistemas da *common law*. O 'precedente' é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – de particular a particular, e não do geral (norma) ao particular (o caso) – com todas as decisivas conseqüências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica."[173]

Em 1993, por meio do Acórdão 810/1993, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 2.º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, uma vez que violava o n.º 5 do artigo 115.º da Constituição portuguesa.

Mais adiante, por ocasião da reforma do processo civil, entre os anos de 1995 e 1996, foi revogada a parte não considera inconstitucional do art. 2.º do Código Civil, e, em conseqüência, foram extintos os assentos. Em seu lugar, foi previsto o julgamento ampliado da revista, para uniformizar a jurisprudência.

### *2.4.1.2 Na Alemanha*

Na Alemanha, a força vinculadora dos precedentes é observada no controle de constitucionalidade das leis.

A autoridade dos precedentes está restrita às decisões proferidas pelo Tribunal Federal de Justiça Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), tanto por meio do controle concentrado e abstrato da lei, quanto pelo controle concreto[174]. Referidas

---

[173] *Ibidem*, p. 11-12, *apud* Marcelo Alves Dias de Souza, *op. cit.*, p. 181.

[174] Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes reconhecem a existência do controle concreto de constitucionalidade naquele País, ao dizerem que "no direito alemão consagra-se o controle concreto de normas (*Richtervorlage*), estabelecendo-se que, quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de

decisões, a partir da publicação no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*), passam a ter eficácia *erga omnes* e efeito "vinculante", inclusive para os demais poderes da Federação e dos Estados, o que impede, por conseqüência, o legislador de repetir a inconstitucionalidade contida na lei declarada inconstitucional.

Carregam o efeito "vinculante" as decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade e as decisões interpretativas, que impõem certas restrições à interpretação do dispositivo legal, de forma a considerá-lo conforme a Constituição.

*2.4.1.3 Em França e na Itália*

Tanto em França quanto na Itália, a uniformização da jurisprudência se opera pelas Cortes de Cassação.

Na Itália, desde o ano de 1924 a Corte de Cassação emite as chamadas *máximas consolidadas,* que são a interpretação firmada depois de reiteradas decisões proferidas em casos concretos. De acordo com Alfredo Buzaid[175], a *máxima* é construída "à luz da certeza de que, pela reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais conforme com a lei e o sentimento de justiça".

Em França, a uniformização é feita por intermédio do recurso de cassação para o Tribunal. Nesse país, inexiste um procedimento específico para essa finalidade. É por meio da apreciação das questões de direito contidas nos processos sujeitos à sua análise que a Corte de Cassação mantém a unidade sistêmica, uniformizando a interpretação.

Em ambos os casos, as normas consolidadas não apresentam efeito "vinculante", mas tão-somente persuasivo[176].

---

violação desta Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, par. 1.)" (*Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999, p. 17-18).

[175] Uniformização da jurisprudência, p. 203.

[176] Lenio Streck, *Súmulas no Direito Brasileiro:* ..., p. 98-99.

O efeito "vinculante" na Itália é aplicado às decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei, a que se intitula de *sentenze de accoglimento,* o qual impede a aplicação da norma inconstitucional a outras situações.

*2.4.1.4 Na Espanha*

No sistema jurídico espanhol, a uniformização da jurisprudência mantém cunho de vinculação, em virtude da existência da denominada *doctrina legal.* Referido instituto caracteriza-se pela construção de uma orientação jurídica, nos moldes de reiteradas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal espanhol, e detém efeito "vinculante".

Admite-se a interposição de recurso perante o Supremo Tribunal contra uma decisão judicial que viole a *doctrina legal.*

No âmbito do controle de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo Pleno em controle de constitucionalidade têm caráter "vinculante" e se impõem perante os tribunais inferiores. É o que se denomina de jurisprudência Constitucional[177].

*2.4.1.5 No México*

A *jurisprudência obrigatória* é o instituto existente no México que promove a uniformização da jurisprudência. Em muito se assemelha à *doctrina legal* espanhola, na medida em que exige reiteradas decisões judiciais expedidas pela Suprema Corte Mexicana, formulando um entendimento sobre determinado assunto. Uma vez consolidada essa jurisprudência, ela passa a ter aplicação obrigatória perante os tribunais e juízos inferiores.

[177] *Ibidem*, p. 100.

Encontra-se prevista no art. 94, § 5.º, da Constituição Geral da República do México, que estabelece: "A lei fixará os termos em que seja obrigatória a jurisprudência que estabeleçam os tribunais do Poder Judiciário da Federação sobre interpretação da Constituição, leis e regulamentos, federais ou locais, e tratados internacionais celebrados pelo Estado mexicano, assim como os requisitos para sua interrupção e modificação".

Eduardo Garcia Máynez[178] define a *jurisprudência obrigatória* como "uma norma geral de interpretação ou de integração, que obriga às mesmas Salas; aos Tribunais Unitários e Colegiados de Círculo; aos Julgados de Distrito; aos Tribunais Militares e Judiciais da ordem comum dos Estados, Distrito Federal e Tribunais Administrativos e do Trabalho, locais ou federais".

[178] *Introducción al estudio del derecho*, p. 330.

# CAPÍTULO 3 – O EFEITO "VINCULANTE" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS

## 3.1 A uniformização da jurisprudência no Brasil

Um dos objetivos da introdução da súmula "vinculante" no ordenamento jurídico brasileiro foi conferir uniformidade de posicionamento do Judiciário em questões constitucionais que podem gerar multiplicidade de lides e, por conseqüência, ferir a isonomia e a segurança jurídica.

Para o estudo da súmula "vinculante", é imperioso contextualizar os instrumentos de uniformização da jurisprudência utilizados no Brasil, indicando em que oportunidades o efeito "vinculante" passou a ser aplicado e a partir de quando ele se tornou importante para o controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos.

### *3.1.1 Assentos portugueses*

Os primórdios da uniformização jurisprudencial no Brasil remontam ao período colonial. A divisão do país em capitanias hereditárias, entre os anos de 1534 e 1536, concedeu aos capitães e ao governador os mais amplos poderes quanto à organização da justiça.

Com o desenvolvimento da estrutura colonial e sucessivas nomeações de corregedores, juízes, ouvidores e juízes de fora[179], a interpretação da legislação passou a sofrer divergências, requerendo, por conseqüência, uma uniformização. Foram instalados dois órgãos de segunda instância para o julgamento de causas superiores a

[179] Eram pessoas nomeadas pelo rei para exercer, por três anos, as atribuições dos juízos ordinários (Cf. Lenine Nequete, *O Poder Judiciário no Brasil* – crônicas dos tempos coloniais, p. 131).

duzentos mil réis, um Tribunal de Relação no Rio de Janeiro e outro na Bahia, ambos sujeitos à Corte Portuguesa[180].

A primeira ferramenta utilizada de que se tem notícia foram os assentos portugueses, construídos pela antiga Casa da Suplicação, em virtude das disposições presentes nas Ordenações Manuelinas e, posteriormente, na Lei da Boa Razão.

De acordo com essas legislações, os assentos, interpretações autênticas das leis do Reino de Portugal, deveriam ser aplicados obrigatoriamente pelos tribunais brasileiros sempre que houvesse dúvidas quanto à interpretação das Ordenações do Reino. As soluções adotadas nos Assentos constituíam-se em normas e, portanto, tinham força de lei.

Em 1808, entretanto, a Corte Portuguesa mudou-se para o Brasil e aqui criou uma Casa da Suplicação, nos mesmos moldes da portuguesa, sendo considerada como Superior Tribunal de Justiça, com sede no Rio de Janeiro. Esse órgão, diferentemente do português, não detinha poderes para editar assentos, unificando a jurisprudência.

A partir da independência e da Constituição de 1824, a interpretação das leis foi outorgada ao Poder Legislativo, a quem cabia "fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", assim como "velar na guarda da Constituição" (art. 15, n. 8 e 9). Na prática, o Legislativo não exerceu tal mister, tendo se incumbido da interpretação das leis o próprio Poder Executivo. O Supremo Tribunal de Justiça, órgão do Poder Judiciário instituído em 1828, resumia-se a apreciar os recursos de revistas postos à sua análise, não tendo a competência para uniformizar a jurisprudência.

Somente com o Decreto 2.684, de 23.10.1875, e com o Decreto 6.142, de 10.03.1876, o Supremo Tribunal de Justiça foi autorizado a utilizar os assentos das Ordenações do Reino e a expedir novos assentos, a fim de dar unicidade ao sistema jurídico.

---

[180] Senado Federal, Regimentos da Colônia, *500 anos de legislação brasileira.*

Com o advento da República, os assentos foram abolidos, vez que considerados inconstitucionais, e a partir de 1926 o Supremo Tribunal passou a deter a função de uniformizar a jurisprudência no que concerne a matéria constitucional e leis federais.

Nessa época, criaram-se instrumentos como o recurso de revista, o prejulgado[181] e o recurso extraordinário, os dois primeiros abolidos com o ingresso do Código de Processo Civil de 1973.

Ainda se tentou restabelecer a figura dos assentos em duas ocasiões: em 1961, por intermédio do anteprojeto da "Lei de Aplicação das Normas Jurídicas", proposto por Haroldo Valladão, e em 1964, pelo anteprojeto do Código de Processo Civil, apresentado por Alfredo Buzaid[182], porém ambas as propostas foram rejeitadas, por se entender que o instituto era inconstitucional.

Em vigor a Constituição Federal de 1988, a tarefa de equalizar a jurisprudência, no âmbito infraconstitucional, passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e a unificação do entendimento no que concerne a matéria constitucional.

### *3.1.2 Prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho e da Justiça Eleitoral*

O instituto jurídico já criado no sistema pátrio que mais se assemelha à atual súmula "vinculante" é o extinto prejulgado, do Tribunal Superior do Trabalho.

---

[181] O prejulgado foi inicialmente instituído em matéria processual civil e, posteriormente, em matéria trabalhista. Ele contém "um pronunciamento prévio quanto à interpretação de uma norma diante de um real ou iminente conflito na hermenêutica a ser produzida em face de situações concretamente postas à decisão judicial" (Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Sobre a Súmula Vinculante*, p. 53).

[182] De acordo com o anteprojeto do Código de Processo Civil, havia a proposta, nos artigos 516 a 520, de o Supremo Tribunal Federal ou quaisquer dos Tribunais de Justiça baixarem assento, com força de lei, para fixar a interpretação de norma jurídica, com vistas a uniformizar a jurisprudência.

A partir de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho[183] estabeleceu, em seu já revogado art. 902[184], a obrigatoriedade de os tribunais e juízes inferiores respeitarem prejulgado expedido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Nesses comandos normativos, havia a taxação do efeito "vinculante", de modo que juízes inferiores ao TST encontravam-se obrigados a seguir aquele entendimento.

Os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho nada mais eram do que extratos do entendimento esposado pela Corte sobre determinada matéria, no curso do julgamento de um feito, diante da sinalização de divergência na interpretação de um dispositivo legal.

Até 1963, o TST havia editado apenas cinco prejulgados, e entre essa data e 1970 foram produzidos mais 34 prejulgados. Entretanto, o instituto foi considerado inconstitucional pelo STF e o dispositivo da CLT que previa sua aplicação foi revogado pela Lei 7.033, de 05.10.1982.

Uma vez revogada a possibilidade de o TST expedir prejulgados, aqueles já existentes foram transformados em súmulas de caráter eminentemente persuasivo.

O Código Eleitoral de 1965 também admitiu o prejulgado, com efeito "vinculante", com as mesmas feições do instituto produzido pela Justiça do Trabalho. Rezava o seu art. 263: "No julgamento de um mesmo pleito eleitoral, as decisões anteriores sobre questões de direito constituem prejulgados para os demais casos, salvo se contra a tese votarem dois têrços dos membros do Tribunal".

---

[183] A CLT foi veiculada pelo Decreto n.º 5.452, de 01.05.1943.

[184] "Art. 902, § 4º. Uma vez estabelecido o prejulgado, os Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os Juizes de Direito investidos da jurisdição da Justiça do Trabalho *ficarão obrigados a respeitá-lo*" (Redação original).
Art. 902, § 1.º: "Uma vez estabelecido o prejulgado, os Tribunais Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e os juízes de Direito investidos na jurisdição da Justiça do Trabalho *ficarão obrigados a respeitá-lo*" (Redação dada pelo Decreto-Lei n.º 8.737, de 19.01.1946).

O prejulgado da Justiça Eleitoral era mais restrito do que o prejulgado trabalhista, na medida em que mantinha um limite temporal de aplicação bem definido. Tito Costa[185], comentando sobre o instituto em referência, disse que "o prejulgado eleitoral só se invoca no julgamento de questões relativas a um mesmo pleito. Com isso, não terá cabimento falar-se em prejulgado de uma questão de direito decidida em relação a um pleito para dirimir questões referentes a outro pleito"[186].

Com o advento da Constituição Federal de 1988, esse instituto foi extinto.

### *3.1.3 A instituição das súmulas de jurisprudência predominante*

O vocábulo *súmula* advém da palavra latina *summula*, que significa sumário, resumo de decisões tomadas em uma reunião[187]. Nesse contexto, súmula de jurisprudência quer dizer conjunto de enunciados expedidos por um Órgão do Poder Judiciário, solidificando seu entendimento sobre diversas matérias.

A rigor, cada uma das unidades presentes no corpo da súmula de jurisprudência denomina-se *enunciado*, que é o preceito jurídico de âmbito geral que orienta o julgamento de outros casos semelhantes.

Na prática, as duas palavras têm sido utilizadas como sinônimas. Atualmente, costuma-se chamar um *enunciado* jurídico simplesmente de *súmula.* Essas breves anotações nos credenciam a utilizar, neste trabalho, ambas as palavras como similares, para a indicação de um único *enunciado*.

Com efeito, a origem da súmula no sistema jurídico brasileiro se operou por meio da proposta do Ministro Victor Nunes Leal, nos idos de 1963, que pretendia modificar o Regimento Interno do STF, inserindo um novo "método de trabalho" para

---

[185] *Recursos em matéria eleitoral*, p. 75.
[186] O prejulgado da Justiça Eleitoral foi considerado incompatível com a nova ordem constitucional de 1988, no que tange ao seu efeito "vinculante". Daí por que com a CF/88 seu uso foi abandonado (Cf. TSE Recurso 9.936, Classe 4, Nova Friburgo/RJ, *DJ* 10.03.1993, p. 3.478).
[187] *Dicionário Jurídico*, p. 744.

desafogar os trabalhos daquela Corte, que consistia na edição de súmulas de jurisprudência predominante, otimizando o julgamento da grande quantidade de processos que versavam sobre a mesma matéria e enxurravam o Poder Judiciário.

Em defesa do instituto, o eminente Ministro dizia, a teor do caráter não vinculador da súmula, que ela se prestava a realizar

> "o 'ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência. (...) Ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa da Suplicação, 'para a inteligência geral e perpétua da lei', e a virtual inoperância dos prejulgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da Justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a 'súmula' regula o procedimento pelo qual pode ser modificada. Firmar a jurisprudência de modo regido não seria um bem, nem mesmo seria viável. A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do Direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o STF possa cumprir o seu mister de definir o direito federal, eliminando e diminuindo os dissídios da jurisprudência."[188]

A partir daí, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas de jurisprudência predominante, de caráter meramente persuasivo, foi incluída em seu Regimento interno na sessão de 30.08.1963. As primeiras 370 súmulas foram publicadas em 13.12.1963 e entraram em vigor em 01.03.1964.

Aqui, duas observações hão de ser feitas, conforme bem observa Marcelo Alves Dias de Souza[189]: a primeira refere-se à origem regimental das súmulas no Brasil. A previsão de edição das súmulas não decorreu de lei, mas da inserção de disposição no Regimento Interno do STF. Em conseqüência, e eis a segunda observação, a possibilidade de edição de súmula restringia-se, num primeiro momento, unicamente, ao próprio Supremo Tribunal Federal.

---

[188] *Atualidade do Supremo Tribunal Federal*, p. 15.
[189] *Do precedente judicial à súmula vinculante*, p. 254.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o seu artigo 479[190] concedeu embasamento legal à súmula de jurisprudência predominante, como produto da uniformização da jurisprudência, bem como ampliou a possibilidade de ela ser editada por outros tribunais brasileiros, que, em conseqüência, passaram a sumular sua jurisprudência, uniformizando-a[191]-[192]. Antes disso, a Lei Federal 5.010, de 30.05.1966, já autorizava o extinto Tribunal Federal de Recursos a expedir súmulas[193].

Uma das vantagens imediatas sentidas com a edição de súmulas pelos tribunais foi a supressão de alguns institutos processuais, tal qual o recurso de revista[194], que era concedido à parte toda vez que a decisão recorrida contrariasse a interpretação dada por um órgão colegiado.

---

[190] Código de Processo Civil de 1973:
"Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.
Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante."

[191] De acordo com a proposta inicial de Alfredo Buzaid, pretendia-se retomar aos antigos assentos, com força obrigatória, conforme se comprova transcrevendo os arts. 518 e 519 do anteprojeto do Código de Processo Civil:
"Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal, será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.
Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento, Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional."

[192] Entretanto, a Comissão Revisora do Código de Processo Civil suprimiu todo o capítulo proposto por Buzaid, e o projeto foi emendado, para admitir a edição de súmulas de jurisprudência predominante, com efeito não-vinculador. Valioso é o comentário do senador Accioly Filho, ao admitir o uso súmula com algumas ressalvas: "As súmulas não se compadecem com o nosso sistema escrito de Direito positivo. Num ordenamento preponderantemente consuetudinário, é natural que certas orientações jurisprudenciais se cristalizem em enunciados estáveis, como são os *cases* do Direito americano. Mas as leis escritas já carecem de flexibilidade bastante, de modo que procurar ainda mais endurecer a sua interpretação, mediante proposições que dificilmente possam ser afastadas, significa abrir mão do pouco que nos deixa o sistema para a modelação do Direito positivo às circunstâncias de cada caso concreto". E continuou: "A Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal é ainda uma experiência, de resultados até agora não comprovados. Esperemos a lição do tempo, e não nos arrisquemos em tentativas generalizadas m todo o território nacional, antes que se conheçam os rumos a que será levada a experiência do Supremo Tribunal" (*apud* Lenio Luiz Streck, *Súmulas no direito brasileiro:...*, p. 112-113).

[193] "Art. 63. O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de primeira instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo seu Plenário, fazendo-as publicar, regularmente, no Diário da Justiça da união e nos Boletins da Justiça Federal das Seções."

[194] Atualmente, o recurso de revista somente é previsto no âmbito da Justiça do Trabalho.

A expedição de súmulas de jurisprudência predominante decorre ou de um processo de divergência jurisprudencial, ou da existência de entendimento pacífico quanto a uma matéria específica.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 476 a 479, conforme já indicado, vislumbra o incidente de uniformização de jurisprudência, e a conseqüente edição de súmula, quando houver divergência. O incidente de uniformização pode ocorrer quando: (i) o juiz, ao proferir seu voto, em câmara, turma ou seção, constatando a divergência de interpretação quanto a determinada tese jurídica, requer pronunciamento prévio do tribunal, para que ele assente seu entendimento sobre aquela matéria (arts. 476, I e II); (ii) as partes, ao arrazoarem os seus recursos, ou em petição avulsa, requerem que haja julgamento preliminar sobre a questão divergente (art. 476, parágrafo único); ou (iii) o representante do Ministério Público, ao atuar na causa, como parte ou como *custos legis,* suscita o incidente de uniformização (art. 478).

A uniformização da jurisprudência, nesses casos, ocorre sempre antes da conclusão do julgamento do processo originário, e a tese jurídica consolidada é objeto de súmula. Aqui, vale uma ressalva: o incidente de uniformização de jurisprudência não tem sido admitido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, haja vista que em seu Regimento Interno inexiste essa previsão.

A outra hipótese em que a súmula de jurisprudência predominante também pode ser expedida se opera quando existe entendimento pacífico sobre assunto específico. Essa previsão encontra-se embutida nos Regimentos Internos do STF e do STJ. A aprovação da súmula, neste caso, decorre da inexistência de divergência entre as turmas do tribunal sobre a interpretação do direito.

A súmula de jurisprudência predominante, de caráter meramente persuasivo, não se caracteriza como norma jurídica introdutora de enunciados prescritivos no sistema jurídico pátrio. Dizemos isso porque, da forma como ela é produzida, sem a

indicação de uma sanção em caso de sua inobservância, não há como exigir o seu cumprimento. Vale lembrar que a norma jurídica completa é formada pela norma primária e pela norma secundária, esta última instituidora de uma sanção, que juridiciza a norma primária dispositiva.

A ausência da norma secundária impede a inserção do enunciado no sistema jurídico por uma norma jurídica completa. Relevante mencionar a lição de Tárek Moussallem[195], ao falar sobre as súmulas de jurisprudência predominante:

> "As súmulas não são vistas como veículos introdutores de enunciados-enunciados. Não são considerados veículos introdutores por estarem desprovidas de norma secundária (norma de atuação judicial) para o caso de seu descumprimento. O ordenamento jurídico pátrio não toma a desobediência à súmula como um fato ilícito ensejador da atuação jurisdicional. Logo não é incongruente afirmar que não há obrigação jurídica de observar o disposto na súmula, nem por parte da comunidade jurídica, nem por parte do próprio Tribunal editor da súmula."

Vista sob o ângulo da Teoria dos Atos de Fala, tão propagada pelo próprio Tárek Moussallem[196], pode-se dizer que a súmula de jurisprudência predominante, de efeito persuasivo, é ato de fala com força ilocucionária de recomendação[197].

Essas anotações não se aplicam à súmula "vinculante", de competência do STF, conforme se verá mais à frente, que carrega consigo a sanção para o caso de sua inobservância.

### *3.1.4 Recurso especial, recurso de revista e embargos de divergência*

Outras ferramentas dispostas pelo sistema jurídico brasileiro para uniformizar a jurisprudência são o recurso especial, o recurso de revista e os embargos de divergência.

---

[195] *Fontes do Direito Tributário*, p. 163. Neste mesmo sentido, Arruda Alvim, Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, todos citados por Lenio Streck, p. 130-131.
[196] *Revogação em matéria tributária, passim.*
[197] As noções da teoria dos atos de fala será melhor explanada mais adiante. Antecipamos que os atos de fala detêm três dimensões: a locucionária, a ilocucionária e a perlocucionária.

A Constituição Federal de 1988, ao distribuir a competência dos tribunais, confiou ao Superior Tribunal de Justiça o mister de, em sede de recurso especial, uniformizar a jurisprudência, quando dois ou mais tribunais derem à lei federal interpretação divergente, conforme se constata a partir da leitura do art. 105, III, *c.*

Para que a divergência seja instalada na esfera do STJ, por meio de recurso especial, é necessário que a matéria divergente não seja constitucional (neste caso, cabe ao próprio STF se pronunciar sobre o assunto) e que seja proveniente de tribunais diferentes, conforme indica a Súmula 13 do STJ.[198]

Por outro lado, o recurso de revista ainda é previsto na Justiça do Trabalho, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, para uniformizar a jurisprudência em matéria trabalhista. É recurso que aprecia apenas questões de direito, não sendo seu propósito rever situações de fatos nem provas. A sua previsão legal está encravada no art. 896 da CLT, que admite o recurso de revista para uniformizar a jurisprudência, quando os tribunais regionais do trabalho derem a um dispositivo de lei federal, de lei estadual, de convenção coletiva, de sentença normativa ou de regulamento empresarial de observância obrigatória interpretação diversa da que foi dada por outro TRT[199].

Outro recurso admitido para uniformizar a jurisprudência recebe o nome de embargos de divergência, previsto no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, que pode ser interposto em recurso especial e em recurso extraordinário, quando, no decorrer do julgamento desses recursos, se constatar que

---

[198] Súmula 13 STJ: "A divergência de julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial".

[199] CLT, Art. 896: "Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho nas decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:
a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;
b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a (...)."

outro órgão daquele Tribunal se pronunciou de modo contrário, inaugurando, por conseqüência, a divergência[200]. É um recurso que tem a função de uniformizar a jurisprudência, superando os entendimentos contrários no seio do próprio tribunal.

### *3.1.5 Uniformização de interpretação de lei federal na esfera dos Juizados Especiais Federais*

Uma outra forma de uniformização jurisprudencial que vale ser mencionada brevemente é aquela prevista pela Lei Federal 10.259, de 12 de julho de 2001, que, tendo instituído os Juizados Especiais na Justiça Federal, previu a uniformização da jurisprudência por meio de um pedido à Turma Regional ou à Turma Nacional de Jurisprudência.

De acordo com o art. 14, §§ 1º e 2º [201], constatada a divergência entre decisões de Turmas Recursais sobre questões de direito material, o pedido de uniformização poderá ser feito: (i) à Turma Regional de Uniformização, quando a divergência ocorrer entre Turmas da mesma Região, ou (ii) à Turma Nacional de Uniformização, quando a divergência decorrer de Turmas Recursais de regiões diferentes, ou quando a decisão proferida contrariar súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

---

[200] O STJ tem admitido embargos de divergência contra agravo interposto de decisão monocrática que, ancorado no art. 557 do Código de Processo Civil, nega seguimento a recurso especial; e contra acórdão em agravo interposto contra decisão monocrática que, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, concede provimento a recurso especial (EREsp 258.616-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 12.11.2001, p. 121).

[201] Lei n.º 10.259/01: "Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.
§ 1º. O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador.
§ 2º. O pedido fundado em divergência entre decisões de Turmas de diferentes regiões da proferida em contrariedade a súmula de jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal (...)".

Acaso a Turma de Uniformização decida de forma contrária à súmula ou jurisprudência do STJ, ainda assim, a parte interessada poderá provocar a manifestação do STJ sobre o assunto (art. 14, § 4º).[202]

Existem discussões sobre o caráter "vinculante" das decisões proferidas pela Turma Nacional de Jurisprudência. Analisando a Resolução 330, de 5 de setembro de 2003, que regulamentou o procedimento de uniformização na Turma Nacional, notadamente três de seus dispositivos, é possível concluir que as decisões têm o caráter vinculador, conforme bem sinaliza Mônica Sifuentes[203]:

> "Três dispositivos autorizam essa conclusão: 1) se o incidente versar sobre questão já apreciada pela Turma Nacional, o seu presidente poderá devolver os autos à Turma Recursal de origem, para que lá se proceda à *adequação* do julgado à jurisprudência pacificada (art. 5º, IV, da Res. 330/2003). Neste caso, o processo nem chega a ser distribuído a um dos relatores da Turma Nacional; 2) caso haja efetiva distribuição, e o relator observe que a questão já se encontra uniformizada na Turma Nacional, em decisão monocrática, ou seja, sem levar o processo a julgamento, poderá: a) ou modificar a decisão da Turma Recursal originária; b) ou determinar o retorno dos autos à origem, para que lá seja realizada a devida adequação (art. 6º, VII, da Res. 330/2003); 3) por último, e como reforço às disposições acima, a resolução estabelece que não será admitido o incidente que versar sobre matéria já decidida na Turma Nacional (art. 9º, § 1º, da Res. 330/2003)."

## 3.2 Efeito "vinculante" no sistema jurídico brasileiro e o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos

### *3.2.1 Teoria do* stare decisis*, efeito "vinculante" e jurisdição constitucional*

O estudo da súmula "vinculante" requer um conhecimento prévio sobre a teoria do *stare decisis* e como se efetiva sua aplicação nos países da *common law,* assim como sua relevância como instrumento de redução da divergência jurisprudencial.

---

[202] Cf. Fernando da Costa Torinho Neto e Joel Dias Figueiredo Júnior, *Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Comentários Lei n.º 10.259, de 10.07.2001, apud* Mônica Sifuentes, *Súmula vinculante...*, p. 249.
[203] *Op. cit*, p. 249-250.

Entretanto, a teoria do precedente judicial não foi importada pura e simplesmente para o sistema jurídico brasileiro.

O efeito "vinculante" trazido para o sistema pátrio foi desenhado com base na teoria do *stare decisis* e se aproxima dos precedentes judiciais no que tange ao caráter obrigatório e geral de uma orientação interpretativa proveniente de uma corte superior.

Todavia, o efeito "vinculante" mantém, no Brasil, a teor de outros países de *civil law,* estreita ligação com o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos infraconstitucionais.

É que, segundo o modelo teórico kelseniano, a Constituição de um País encontra-se no topo da pirâmide legislativa, concedendo fundamento de validade a todas as outras normas jurídicas construídas. De acordo com essa idéia, é no texto constitucional que estão dispostas as regras estabelecendo as competências legislativas, os direitos fundamentais, os princípios basilares e os limites à ação daquele Estado.

Assim, estando a Constituição no cume do edifício normativo, necessária a instituição de um controle vinculador das leis e atos normativos produzidos infraconstitucionalmente, de forma que estes atos normativos sejam condizentes com os ditames ali indicados. Eventual norma legal que se coloque em dissonância com o texto constitucional perde sua legitimidade e condição de sustentação, devendo ser afastada do sistema jurídico.

As decisões judiciais também são normas jurídicas, individuais e concretas, expedidas pelo Poder Judiciário. Por essa razão, também devem ser formatadas em consonância com as normas constitucionais.

Com efeito, existe uma presunção universal de constitucionalidade das normas jurídicas, isto é, presume-se que, ao ingressarem no sistema jurídico, elas estão em

conformidade com a Constituição em vigor. Entretanto, uma vez questionada a sua constitucionalidade, o sistema mantém instrumentos próprios, que servem para verificar e atestar essa constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Esse controle, que integra a chamada jurisdição constitucional[204], é realizado por intermédio de um tribunal constitucional, que no Brasil é o STF.

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos pode se realizar de forma difusa ou concentrada.

No controle difuso, também chamado de incidental, é atribuída a qualquer órgão judicial, singular ou colegiado, a competência para fazer o controle de constitucionalidade, por ocasião do julgamento de um caso concreto. Nessas situações, o julgador conhece a questão prejudicial de inconstitucionalidade de certa lei ou ato normativo, estando autorizado a descartar aquele dispositivo considerado inconstitucional. A eficácia da decisão, neste caso, limita-se às partes envolvidas no processo julgado.

No controle concentrado, de forma diversa, atribui-se a um tribunal constitucional a tarefa de analisar se uma lei ou ato normativo é constitucional ou não. Essa análise é feita por meio de ações diretas, sem partes, e o seu produto é uma decisão que indica apenas se o dispositivo é constitucional ou não. Aqui, a eficácia da decisão é *erga omnes*.

---

[204] André Ramos Tavares define a expressão *jurisdição constitucional,* distinguindo-a de *justiça constitucional.* Confira-se: "Jurisdição constitucional, contudo, é terminologia que inculca a idéia de desenvolvimento processual consoante o rito judicial, visando a atuação constitucional. Nesse sentido, intensamente utilizado, a jurisdição constitucional refere-se ao estudo de questões mais propriamente processuais. Realiza-se um corte prévio para admitir, sem maiores precauções, que a defesa e cumprimento último da Constituição opera-se mediante um processo de tomada de decisão de caráter jurisdicional. Eliminam-se, assim, questões essenciais a uma completa teoria da Justiça Constitucional, como o estudo da natureza política ou jurídica do processo e da decisão que dele deriva, quando realizada pelo Tribunal Constitucional. (...) Uma teoria da jurisdição constitucional passaria ao largo, ademais, de problemas de legitimidade democrática, porque, novamente, comparece o elemento jurisdicional como elemento predeterminado, cuja adequabilidade só poderia proceder de uma análise externa ao tema da 'jurisdição constitucional'propriamente dita" (*Teoria da justiça constitucional*, p. 146).

No sistema pátrio, coexistem as duas formas de controle.

A deflagração do controle de constitucionalidade no Brasil se deu por ocasião da primeira Constituição republicana, de 1891. Antes disso, sob influência do pensamento europeu, a guarda da Constituição cabia ao Legislativo, a quem era atribuído o poder de elaborar, interpretar, suspender e revogar as leis, conforme já dito anteriormente nesta dissertação.

O art. 59, § 1º, do texto constitucional de 1891 previu o controle concreto, por via da exceção, realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Rezava seu texto que:

> "das sentenças das Justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a qualidade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis e atos dos governos dos Estados em face da Constituição, das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas."

Na seqüência, a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, introduziu no sistema brasileiro o controle difuso de constitucionalidade[205], ao reconhecer aos tribunais e

---

[205] O controle jurisdicional difuso de constitucionalidade teve seu marco inicial com a decisão de John Marshall, proferida no julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Marbury v. Madison*, nos idos de 1803. Neste caso, a Suprema Corte considerou inconstitucional lei editada pelo Congresso norte-americano que lhe atribuía a competência para julgar originariamente *writ of mandamus* em outros casos que não os admitidos no texto constitucional. Referida decisão institucionalizou a prática do *judicial review,* ao admitir o poder dos tribunais de afastar as leis que estejam em desacordo com o texto constitucional.
Destacamos uma passagem que demonstra bem os argumentos utilizados por Marshall neste julgamento:
"A questão, se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição, pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas, felizmente, de nem uma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.
Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes a sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.
O exercício desse direito originário representa uma grande soma de esforços; não pode, não deve ser freqüentemente repetido. Os princípios assim estabelecidos são, pois reputados fundamentais. E como é suprema a autoridade de onde eles dimanam, e raras vezes obra, são destinados a serem permanentes.

juízes a competência para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-las aos casos postos sob seu julgamento, acaso considerassem incompatíveis com a Constituição.

Foi somente com a EC 16, de 26 de novembro de 1965, que o controle de constitucionalidade concentrado[206] e abstrato foi verdadeiramente introduzido no

---

A vontade originária e suprema organiza o governo e assigna aos diversos departamentos seus respectivos poderes. E pode contentar-se com isso ou fixar certos limites para que não sejam ultrapassados por esses departamentos.
Pertence à última classe o governo dos Estados Unidos. Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não possam se tornar confusos ou apagados, a Constituição é escrita. Para que fim os poderes são limitados, e com que intuito se confia à escrita esta delimitação, se a todo tempo esses limites podem ser ultrapassados por aqueles que se quis refrear? A distinção entre um governo de limitado ou de ilimitados poderes se extingue desde que tais limites não confinem as pessoas contra quem são postos e desde que atos proibidos e atos permitidos sejam de igual obrigatoriedade. É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição por meios ordinários.
Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houve por bem modificá-la. (...)
Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseguintemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível (...)
Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares, devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.
Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.
Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam" (*Decisões constitucionais de Marshall traduzidas por Américo Lobo*, p. 24-26).

[206] O controle de constitucionalidade na modalidade concentrada foi idealizado por Carl Schmitt (*La defensa de la constitución, passim*) e por Hans Kelsen (*Jurisdição Constitucional*, *passim*), a partir da contestação do *judicial review* norte-americano. Ambos os estudiosos concordavam com o fato de que o controle de constitucionalidade deveria ser atribuído a um único órgão estatal, mas divergiam quanto ao Poder que deveria empreender esse controle. Para Carl Schmitt, o controle de constitucionalidade deveria ser atribuído ao presidente do Estado Alemão, que, a seu ver, detinha a imparcialidade necessária ao exercício dessa função. Hans Kelsen, por outro lado, refutava essa idéia, afirmando não ser razoável atribuir ao órgão sujeito ao controle o próprio poder controlador. Daí por que defendia a criação de um Tribunal Constitucional, a quem seria atribuído, por meio de processos de natureza objetiva, o mister de fazer o controle constitucional de leis e atos normativos. Schmitt replicava esses argumentos dizendo que o Poder Judiciário tem por função aplicar a leis aos casos concretos, e no controle de constitucionalidade concentrado não haveria julgamento de caso concreto; e entendia que Poder Judiciário não detinha legitimidade para retirar do sistema uma lei produzida pela vontade do

sistema jurídico brasileiro, com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade[207]. A referida Emenda Constitucional alterava o art. 101, I, *k,* da Constituição Federal de 1946, para conceder competência ao STF para processar e julgar "representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo procurador-geral da República".

Nessa mesma Constituição Federal de 1946, foi alterado o art. 124, XIII, para albergar o controle de constitucionalidade no âmbito dos Estados, contra lei ou ato normativo dos Municípios em conflito com a Constituição estadual.

A Constituição de 1967 e a conseqüente Emenda Constitucional de 1969 mantiveram o controle de constitucionalidade, com algumas modificações, entre as quais a extinção do controle na esfera estadual e a possibilidade de adoção de medida cautelar nos processos objetivos.

Com a nova ordem constitucional de 1988, e suas conseqüentes emendas, coexistem os dois sistemas de controle de constitucionalidade: o concentrado, inspirado nas cortes constitucionais européias, e o difuso, influência norte-americana.

Marcelo Alves Dias de Souza[208] enumera as características de cada um desses sistemas, revelando que o controle difuso, no Brasil, apresenta as seguintes propriedades: (i) a análise da constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser feita por qualquer juiz ou tribunal; (ii) pode ser requerida por qualquer parte, em qualquer tipo de ação, por meio de incidente dentro do processo principal; (iii) a não aplicação da norma considerada pelo juiz inconstitucional se restringe ao caso em julgamento,

---

povo, já que seus integrantes não eram escolhidos pelos cidadãos. Kelsen, em tréplica, aduziu que a retirada da lei do sistema decorre de sua nulidade, em virtude da verificação da compatibilidade do processo e do produto com a Constituição. Ademais, o que se discute em controle de constitucionalidade concentrado em abstrato é a conformidade ou não da lei à Constituição, de modo que o vício se transfere ao produto que perde sua validade. O modelo defendido por Kelsen foi adotado na Constituição da Áustria de 1920 e influenciou as demais ordens jurídicas mundiais.

[207] O embrião do controle concentrado de constitucionalidade é a representação interventiva, instituída pela Constituição Federal de 1934, e novamente prevista na Constituição Federal de 1946, com novos contornos.

[208] *Do precedente à súmula vinculante*, p. 206.

isto é, a eficácia é apenas *inter partes*; e (iv) uma vez considerada inconstitucional por decisão definitiva do STF a conseqüência indireta e mediata é a necessidade de o Senado suspender a lei inconstitucional.

No controle concentrado, os instrumentos disponíveis são a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A convivência de duas formas bem distintas de controle de constitucionalidade gera, no Brasil, algumas situações bem peculiares, como quando uma mesma norma jurídica é objeto do controle incidental difuso e, concomitantemente, de controle concentrado e abstrato, por ação direta perante o STF. Daí a necessidade de haver um esforço legislativo e jurisprudencial tendente a aplicar, de forma harmônica e coerente, ambos os sistemas de controle.

Nesta toada, o Ministro Sepúlveda Pertence[209] já afirmava que cabe ao STF "construir um sistema de convivência, de harmonização desses dois sistemas, no qual é fatal, dada a eficácia universal do controle abstrato, que este venha a predominar sobre o controle difuso, paralisando-o ou mesmo extinguindo-o em cada caso, seja por força da decisão liminar da ação direta – praticada entre nós com dimensões que nenhum outro ordenamento conhece – seja por força da decisão definitiva".

### *3.2.2. A eficácia "vinculante" no controle de constitucionalidade*

Constatada a necessidade de harmonizar os sistemas de controle de constitucionalidade existentes no Brasil, a concessão de eficácia "vinculante" às decisões proferidas em sede de controle concentrado abstrato pareceu, ao legislador,

[209] Voto proferido na ADC 4 MC/DF, julgada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 11.02.1998.

uma boa alternativa. Daí por que ele o concedeu a alguns institutos jurídicos próprios do controle concentrado.

*3.2.2.1 Na ação declaratória de constitucionalidade*

Foi com a introdução da EC 3, de 17 de março de 1993, que a ação declaratória de constitucionalidade foi inserida no sistema jurídico brasileiro, a fim de "elidir a insegurança jurídica ou estado de incerteza sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal"[210], carregando consigo a característica de produzir efeito "vinculante"[211].

Estabeleciam o art. 102, I, *a*, e o seu § 2º o seguinte:

> "Art. 102. (...)
> I – (...)
> *a)* a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
> (...)
> § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo."

O ingresso da ação declaratória de constitucionalidade no sistema jurídico pátrio reavivou o debate sobre a natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e, na oportunidade, da própria ação declaratória de constitucionalidade (ADC). O cerne da questão cingia-se a saber se a declaração de improcedência da ADIn equivaleria à pronúncia de constitucionalidade da lei ou ato normativo posto em discussão.

---

[210] Pronunciamento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Reclamação 2.363/PA, *DJU* 1º/08/2003.
[211] A introdução do efeito "vinculante" pela Emenda Constitucional n.º 3/93 é resultante da influência exercida pela PEC n.º 130/92, liderada pelo Deputado Roberto Campos, que foi incorporada, com algumas deficiências técnicas, ao texto substituto da PEC n.º 48/91, pelo Deputado Benito Gama. De acordo com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a manifesta inspiração germânica da referida proposta permite associar o efeito "vinculante" instituído pela Emenda n.º 3/93 ao praticado pelo direito constitucional alemão (*Controle concentrado*, p. 338).

A questão foi pacificada infraconstitucionalmente a partir da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que, dispondo sobre o processamento e o julgamento da ADIn, prescreveu, em seu art. 24, a natureza dúplice dessas demandas. Transcrevemos o dispositivo em referência:

> "Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória."

Com isso, ficou consagrado o entendimento de que a ADC e a ADIn detêm natureza dúplice, o que equivale a dizer que são duas faces de uma mesma moeda.

*3.2.2.2 Na ação direta de inconstitucionalidade*

Essa referência sobre a discussão acerca da natureza dúplice da ADC e da ADIn apresenta relevância, neste estudo, na medida em que, inicialmente, o efeito "vinculante" somente foi previsto, no controle concentrado, para a ação declaratória de constitucionalidade.

Surgiu, à época do ingresso da EC 3/93, o questionamento sobre a atribuição de eficácia "vinculante" às decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade, nos mesmos moldes da ADC. Como a Constituição Federal atribuía eficácia "vinculante" de forma expressa apenas à ADC, e nada dizia quanto à ADIn, muitos foram os estudiosos que se posicionaram favorável ou contrariamente à vinculação da decisão prolatada em ADIn.

Aqueles que se posicionavam contrariamente entendiam que a Constituição Federal tinha estabelecido dois regimes jurídicos diversos. Para a ADIn, a decisão de procedência da ação tinha eficácia *ergas omnes,* sendo aplicada a todos os jurisdicionados, mas não era vinculativa, de forma que, acaso a decisão viesse a não

ser observada pelos demais órgãos do Poder Judiciário ou pela Administração, restava ao jurisdicionado buscar amparo ingressando com ação própria.

Para os que defendiam a extensão do efeito "vinculante" à ADIn, a questão mudava de figura, uma vez que a decisão teria eficácia *erga omnes,* mas também deveria ser compulsoriamente seguida pelos demais órgãos do Judiciário e pela Administração.

Por ocasião dos debates travados entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 4 [212], magistral foi o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, ao defender a extensão do efeito "vinculante" à ADIn. Confira-se um trecho de seu voto:

> "Já em diversas oportunidades, Senhor Presidente, desde a primeira discussão na ADC 01, tenho enfatizado que, por serem ambas as ações tipicamente dúplices, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm, na verdade, um objeto comum. E este caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade é uma peculiaridade nossa e de poucos sistemas de controle de constitucionalidade, salvo engano o brasileiro, o alemão e só um outro mais (ver meu voto na AOR 166). Dela tanto pode resultar, se julgada procedente, a declaração de inconstitucionalidade, quanto, se julgada improcedente, a declaração de inconstitucionalidade. E aqui, creio que estamos sozinhos no mundo, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade. Nela, também se tem – aí por disposição expressa da Constituição, seja qual for o sentido da decisão que nela se tome: procedente, declarando-se constitucional a lei; improcedente, declarando-se inconstitucional a lei –, que essa sentença, seja qual for o seu sentido tem eficácia *erga omnes* e força vinculante. Por isso mesmo – o que não está em causa – porque são ações rigorosamente dúplices, com o objeto rigorosamente idêntico e potencialidades rigorosamente comuns, é que entendo que seria 'kafkiano' limitar o poder vinculante a uma e negá-la a outra. Então teríamos nós, que temos tão poucos processos para decidir – e que estamos, por isso, à beira da falência, para não declará-la de logo –, que julgar duas vezes a mesma questão: declarada constitucional a lei, porque improcedente a ADIn – decisão teria eficácia *erga omnes,* mas seria um 'sino sem badalo', sem força vinculante – e, no dia seguinte, o interessado teria que vir com uma ação

[212] Ação Declaratória de Constitucionalidade 4 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Sidney Sanches, julgada em 11.02.1998.

> declaratória de constitucionalidade para que acrescentássemos, nesta mesma Sala, repetindo os mesmos votos, um outro efeito à sentença já proferida."

Com o advento da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, o art. 28, em seu parágrafo único[213], atribuiu, de forma expressa, efeito "vinculante" também para as ações diretas de inconstitucionalidade, ao dizer que:

> "Art. 28. (...)
> Parágrafo único. 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."

A consagração da eficácia "vinculante", no âmbito constitucional, somente foi estendida à ação direta de constitucionalidade a partir da EC 45, de 8 de dezembro de 2004, que, alterando o § 2º do art. 102, concedeu a seguinte redação:

> "Art. 102. (...)

---

[213] A constitucionalidade desse dispositivo foi questionada na Reclamação (AgR-QO) 1.880/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, cujo julgamento foi proferido em 07.11.2002, e publicado no *DJ* em 19.03.2004, p. 17, tendo o Pleno do STF entendido pela constitucionalidade do aludido dispositivo, conforme se constata a partir da transcrição de sua ementa:
"EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DE MÉRITO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 28 DA LEI 9.868/99. CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO. REFLEXOS. RECLAMAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA.
1. É constitucional lei ordinária que define como de eficácia vinculante os julgamentos definitivos de mérito proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade (Lei 9.868/99, art. 28, parágrafo único).
2. Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva no Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal.
3. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do art. 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade.
4. Reclamação. Reconhecimento da legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, art.13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado.
5. Apreciado o mérito da ADI 1.662/SP (*DJ* 30.08.2001), está o Município legitimado para propor reclamação. Agravo regimental provido."

> § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de 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 municipal."

Assim, a partir de então, as decisões definitivas proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, além de terem eficácia *erga omnes,* também detêm efeito "vinculante" quando aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, por ordem da própria Constituição Federal.

*3.2.2.3 Na argüição de descumprimento de preceito fundamental*

A argüição de descumprimento de preceito fundamental é uma ação de índole constitucional, prevista quando da inclusão, pela EC 3/93, do § 1º (em substituição ao parágrafo único) ao art. 102 do texto constitucional.

Consiste em uma ação cujo propósito é "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultando de ato do Poder Público"[214].

O efeito "vinculante" às decisões proferidas em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental foi concedido pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que dispôs sobre o processamento e o julgamento dessas ações, ao estabelecer, em seu art. 10, § 3º, que:

> "Art. 10. (...)
> § 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário."

Diferentemente da ADIn, a EC 45/2004 não estendeu a eficácia "vinculante" à ADPC, o que implica afirmar que a eficácia "vinculante" nessa espécie de remédio constitucional ainda decorre de disposição infraconstitucional.

---

[214] Redação do art. 1º da Lei n.º 9.882/99.

*3.2.2.4 Na medida cautelar proferida em ADC e em ADIn*

É admissível medida cautelar[215] em controle de constitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade, quando, num cotejo perfunctório, o STF constate caso de excepcional urgência que justifique a sua concessão, ratificando a constitucionalidade ou afirmando a inconstitucionalidade da norma jurídica atacada.

Uma vez concedida a medida, resta indagar se a ela também é aplicada a eficácia "vinculante".

Com efeito, a medida cautelar consiste em veículo que introduz no sistema jurídico norma jurídica que, (i) na ADC, ratifica a constitucionalidade da norma atacada e (ii) na ADIn suspende a eficácia técnica da norma jurídica inconstitucional[216].

A conseqüência imediata da ratificação da constitucionalidade de uma norma atacada em sede de ADC é a imediata suspensão pelos Tribunais e juízes dos processos em andamento que envolvam a sua aplicação.

---

[215] A Lei n.º 9.868/99 admite o processamento de medida cautelar em seus arts. 10 a 12 (quanto à ADIn) e 21 (em relação à ADC).

[216] Discorrendo sobre os efeitos da concessão de medida cautelar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, Robson Maia Lins argumenta que, ao proferir cautelar em ADIn, opera-se a suspensão da eficácia técnica da norma atacada, conforme se afere da transcrição de seus argumentos: "Estamos convencidos de que a suspensão é sempre da eficácia técnico-sintática da RMIT. Explicando. Com efeito, a norma introduzida pela cautelar, ainda que provisória, impede o agente competente de realizar a incidência da RMIT. Prescreve, portanto, a ineficácia técnico-sintática da RMIT (...) Nesse passo, é crível sustentar que a concessão de cautelar pela inconstitucionalidade nas ações de controle concentrado de constitucionalidade veicula norma que sempre suspende a eficácia técnico-sintática da RMIT. Esta proposição pode ser constada na análise do enunciado-enunciado do texto normativo da decisão, precisamente no conseqüente da norma introduzida. Há sempre a prescrição de que a RMIT não deve ser aplicada" (*Controle de constitucionalidade da norma tributária*, p. 163-164).

Na ADIn, a cautelar ocasiona a suspensão imediata da eficácia técnica da norma jurídica reputada inconstitucional e, por conseqüência, a impossibilidade de os juízes e tribunais a aplicarem.

Pergunta-se: há eficácia "vinculante" nas cautelares expedidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado? Compulsando a Lei 9.868/99, que regulamentou o processamento e o julgamento da ADC e da ADIn, constata-se que, expressamente, não há qualquer remissão à eficácia "vinculante" das decisões proferidas em cautelares. E, numa análise muito superficial e equivocada, poderia se defender que, realmente, essas decisões não são vinculadoras.

De fato, inexiste efeito "vinculante", tomado na acepção de norma jurídica.

Entretanto, se observarmos que a cautelar em ADC determina a suspensão pelos juízes e tribunais dos processos em andamento, que envolvam a aplicação da lei atacada, e que na ADIn se processa a suspensão da eficácia técnica da norma discutida, pode-se dizer que, sob certo aspecto, os juízes e tribunais encontram-se vinculados, obrigados a cumprirem essa determinação.

Nesse sentido, o efeito "vinculante" é utilizado na acepção de dever jurídico, proveniente da relação jurídica existente entre o STF e os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, que não devem aplicar a norma jurídica declarada inconstitucional ou positivá-la, quando declarada constitucional[217].

*3.2.2.5 Com o advento da súmula "vinculante"*

O ingresso da súmula "vinculante" no ordenamento jurídico brasileiro se deu, efetivamente, com a promulgação da EC 45/2004, que inseriu no texto constitucional o art. 103-A, estabelecendo o seguinte:

[217] *Ibidem*, p. 156-157. O autor defende que a expressão "efeito vinculante" engloba, pelo menos, três acepções de base, que se revestem da estrutura de norma jurídica, além de ser utilizada no sentido de relação jurídica e dever jurídico.

> "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º. A súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.
>
> § 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que devidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Pela proposta inicial da Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário, existia a possibilidade de edição de súmulas "vinculantes" pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior do Trabalho, porém esta parte da proposta não foi acolhida, tendo sido segregada para posterior discussão e votação no Congresso Nacional. Atualmente, apenas o Supremo Tribunal Federal encontra-se credenciado a expedir súmulas de efeito "vinculante".

Estruturada do mesmo modo que as súmulas não-"vinculantes", sob a forma de enunciados, a súmula "vinculante" traduz o entendimento jurisprudencial reiterado da Suprema Corte em matéria constitucional. É instrumento que visa, sobretudo, ao controle de constitucionalidade, ao vincular os demais órgãos de Poder Judiciário e a

Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal, para que adotem, no julgamento dos processos postos à sua apreciação, o mesmo entendimento esposado na súmula.

A súmula "vinculante" é norma jurídica, que introduz no sistema jurídico enunciados prescritivos, e, por essa razão, detém força ilocucionária prescritiva normativa.

Explicamos: a EC 45/2004 estabeleceu a possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional em caso de inobservância ao teor da súmula "vinculante". É dizer: a previsão de uma sanção dá completude à norma jurídica e é justamente essa norma secundária que carrega a sanção que juridiciza a norma primária dispositiva. Em outras palavras, o comando só é norma jurídica se detiver uma sanção a ser aplicada em sua inobservância.

Embora o novo dispositivo constitucional não expresse, a súmula "vinculante" é norma jurídica produzida pelo Poder Judiciário, de abrangência geral, ou seja, possui efeito *erga omnes.*

É a previsão de uma sanção pelo descumprimento e a autorização constitucional para que o Supremo Tribunal Federal edite uma norma jurídica de observância obrigatória e de caráter geral que concedem à súmula o efeito "vinculante" e a eficácia *erga omnes*.

3.2.2.5.1 Efeito "vinculante" e eficácia *erga omnes*

Não é raro estudiosos confundirem o conceito de efeito "vinculante" com o de eficácia *erga omnes*, utilizando-os como sinônimos. Consistem, entretanto, em institutos jurídicos distintos, cuja diferenciação merece ser feita.

A eficácia *erga omnes* é, habitualmente, chamada de força de lei[218], e está ligada à idéia do alcance subjetivo geral que uma decisão judicial detém. Dessa forma, a eficácia *erga omnes* (para todos) é a extensão dos efeitos da decisão judicial, contrapondo-se à idéia de que a decisão judicial tem aplicabilidade apenas *inter partes* (entre partes).

No que se refere ao efeito "vinculante", a questão muda de figura. O instituto é endereçado aos aplicadores das normas jurídicas, que, em decorrência da imposição do efeito "vinculante" sobre determinada norma jurídica, ficam obrigados a aplicá-la nos casos semelhantes, postos sob seu julgamento. Aqui, o ângulo se altera, para focar os julgadores na relação processual.

A distinção conceptual entre um e outro institutos foi constitucionalmente feita a partir da EC 3/93, que atribuiu à ação declaratória de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito "vinculante", como duas características distintas.

Uma curiosidade em relação à súmula "vinculante" é que a Emenda Constitucional 45/2004 apenas disse que o STF poderá editar "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". Silenciou a respeito da concessão da eficácia *erga omnes*. Com isso, pergunta-se quais os reflexos, para a própria súmula, do efeito "vinculante" desacompanhado da eficácia *erga omnes*?

Considerando que a súmula "vinculante" consiste em uma orientação jurídica consolidada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória para os demais órgãos do Judiciário e para a Administração Pública, entendemos que carece de maior relevância dizer que elas não teriam eficácia *erga omnes*. Isso porque a própria extensão subjetiva da súmula indica que ela se endereça a

[218] Neste sentido, Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 437.

uma pluralidade de pessoas e de órgãos, não sendo apropriado falar em ausência de eficácia *erga omnes* apenas porque a Emenda Constitucional silenciou a esse respeito. Os únicos não abrangidos pelo efeito "vinculante" foram o Poder Legislativo e o próprio Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a ausência de previsão expressa da eficácia *erga omnes* não altera o caráter abrangente e geral da súmula.

Outra questão relacionada ao assunto que vem sendo discutida no seio da Suprema Corte é a possibilidade de conferir às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle difuso a eficácia *erga omnes* e "vinculante", superando, por conseqüência, o entendimento tradicional de que elas apenas vinculam as partes do processo (eficácia *inter partes*). Assim, não mais caberia ao Senado conferir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade daquela Corte, quando proferidas em controle difuso. Restaria ao Senado apenas o dever de publicação no Diário Oficial do Congresso Nacional da decisão do Supremo Tribunal Federal. Com isso, não seria mais a resolução do Senado que iria atribuir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do STF em controle difuso, pois esse efeito já decorreria da própria decisão. Nesse passo, todas as decisões do STF que reconhecessem a inconstitucionalidade de uma norma, seja no controle difuso ou no concentrado, passariam a ter eficácia geral e "vinculante".

Esse entendimento implicaria reconhecer a tese da mutação constitucional[219] no que se refere ao artigo 52, X, da Constituição Federal, e acabaria afetando o âmbito de atuação das súmulas "vinculantes".

Com efeito, se toda decisão de inconstitucionalidade do STF proferida em controle difuso já possuísse força obrigatória geral, seria desnecessário editar súmula

[219] Essa questão é tratada por Gilmar Mendes em sua obra *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:* estudos de direito constitucional, p. 270-280, e suscitada como questão de ordem no julgamento da RCL n. 4.335-AC, em que é relator. Referido processo ainda encontra-se em tramitação, não tendo sido finalmente julgado. Ao abrir a divergência, o Min. Sepúlveda Pertence defendeu que, acaso o STF queira atribuir caráter geral às suas decisões em controle difuso, sem intervenção do Senado, deveria ser editada súmula "vinculante", evitando tornar o Senado mero órgão de publicidade das decisões do STF.

"vinculante" para sedimentar seu entendimento. Não teria sentido preencher todos os requisitos para a edição de súmula "vinculante", inclusive o da reiteração de decisões em um mesmo sentido, estabelecendo que uma norma é inconstitucional, se qualquer decisão em sede de controle difuso tivesse o efeito *erga omnes*.

3.2.2.5.2 A coexistência de súmulas "vinculantes" e não-"vinculantes"

Com o ingresso da EC 45/2004, a questão imediata que se impôs foi a de saber se o sistema acolheria a coexistência de súmulas "vinculantes" e não-"vinculantes", ou seja, de súmulas meramente persuasivas.

Com efeito, o art. 8º da Emenda Constitucional em referência dispôs que:

> "Art. 8º. As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial."

A disposição constitucional alberga a possibilidade de convivência harmônica no sistema jurídico de ambas as espécies de súmulas, autorizando que as súmulas de jurisprudência predominante, anteriores à vigência da Emenda Constitucional em referência, possam se tornar vinculadoras, desde que atendam a um processo de confirmação por meio de *quorum* especial e da conseqüente publicação.

Mesmo que a Emenda Constitucional silenciasse a respeito da conversão de súmulas não-"vinculantes" em "vinculantes", e não houvesse o dispositivo constitucional citado, ainda assim o sistema jurídico acolheria a coexistência de ambas as espécies de súmulas, produzidas pelo STF.

Dizemos isso porque existem critérios específicos para a edição de súmula "vinculante", como a restrição a matéria constitucional, a necessidade de gerar controvérsia e insegurança jurídica, a necessidade de a controvérsia ser atual, e entre

órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, além de outros aspectos, que limitam o campo de produção desses enunciados.

Assim, a Constituição Federal, ao conceder a competência para que o STF produza enunciados vinculadores, não retirou a possibilidade de ele também editar súmulas não vinculadoras, que traduzam o entendimento predominante daquele Corte em outras matérias.

Ademais, entendemos que eventual proposta de súmula "vinculante" que não obtenha o *quorum* mínimo para sua aprovação pode ser editada como enunciado não vinculador.

3.2.2.5.3 Súmula "vinculante" em matéria constitucional e súmula infraconstitucional

A edição de súmula "vinculante" está adstrita a matéria constitucional que possa ocasionar controvérsia atual e grave insegurança jurídica.

Essa afirmação induz à conclusão de que inexiste a possibilidade de haver súmula "vinculante", produzida pelo STF, cujo assunto não seja constitucional.

Como o STF também possui competência para tratar de matéria infraconstitucional, a exemplo do art. 102, III, *d,* da Constituição Federal, nessas situações a consolidação de seu entendimento se dá por meio de súmulas não-"vinculantes".

Portanto, tanto na esfera do STF (quando a matéria não for constitucional), quanto na dos demais tribunais, as súmulas produzidas não são vinculadoras, mantendo apenas força ilocucionária de recomendação.

A rigor, entretanto, com a alteração do Código de Processo Civil, notadamente do art. 557[220], para admitir o que se denomina de súmula impeditiva de recurso, por via reflexa, passou-se a conferir efeito "vinculante"[221] à súmula quando a decisão recorrida houver sido proferida visivelmente em confronto com súmula de jurisprudência predominante.

Explicamos melhor.

A redação do art. 557 do CPC institui:

> "Art. 557. *O relator negará seguimento a recurso* manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto com súmula dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou do Tribunal Superior*.
>
> § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.
>
> § 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.
>
> § 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor." (grifos nossos)

As situações previstas são as seguintes: (i) a sentença recorrida acolheu a tese contida na súmula de jurisprudência dominante e o recurso da parte vencida contraria o disposto nesta súmula (art. 557, *caput*). Nessa hipótese, o relator do recurso tem o *dever jurídico* de negar seguimento ao recurso, pois em confronto com súmula de jurisprudência dominante; (ii) a sentença recorrida foi proferida em

[220] Redação dada pela Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998.
[221] A expressão efeito "vinculante" está sendo utilizando aqui na acepção de dever jurídico relacional.

confronto com a súmula e o recurso defende a aplicação da súmula ao caso (art. 557, § 1º-A). Nesta situação, o relator detém a *permissão* legal de, sem submeter o recurso ao colegiado, dar, monocraticamente, provimento ao recurso, reformando a decisão de primeira instância.

Essa previsão legal de o relator negar seguimento a recurso em confronto com súmula de jurisprudência dominante, vinculando a decisão judicial à súmula existente, já existia nas esferas do STF e do STJ, em seus respectivos Regimentos Internos. Já quando do ingresso desses dispositivos, Lenio Streck[222] apontava críticas a essa vinculação, ao dizer, citando Nelson Luiz Pinto, que esse enunciado "confere tamanhos poderes e competência ao ministro relator do recurso (especial ou extraordinário), que descaracterizaria a natureza dessas decisões como sendo de tribunais, que de regra são frutos de um colegiado, e não da cabeça de um só magistrado. O mais grave problema, porém, não reside no caráter monocrático da decisão, mas na vinculatoriedade que se dá às Súmulas do Supremo Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, sutilmente, o legislador conseguiu inserir dispositivo na citada Lei 8.038 que contraria a tradição de nosso sistema jurídico".[223]

---

[222] *Súmulas no direito brasileiro: ...*, p. 146.

[223] E continua seu arrazoado: "O ponto nevrálgico reside justamente na circunstância de que o sistema jurídico brasileiro não permite, nem por despacho monocrático e nem por decisão de Turma, que uma Súmula passe a ter força de lei (portanto, caráter vinculante). Dito de outro modo: se o comando do art. 38 fosse no sentido de que a Turma do STF ou do STJ (e não o relator) pudesse, de plano, mandar arquivar recurso especial ou extraordinário que contrariasse Súmula, a inconstitucionalidade permaneceria pelas mesmas razões. Na verdade, a contradição principal do problema reside no seguinte aspecto: o art. 105, III, *a,* da Constituição Federal, diz que cabe recurso especial quando a decisão recorrida contrariar *lei federal*. Nos termos do art. 38, o relator (ou a Turma, depois do agravo) negará de plano, seguimento a recurso de decisão que for contrária *a uma Súmula*. Ora, como Súmula não é lei, o art. 38, parte final, está em desacordo com a Constituição Federal (*op. cit.*, p. 146).

# CAPÍTULO 4 – A SÚMULA "VINCULANTE" NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

## 4.1 Impropriedades terminológicas da expressão súmula "vinculante"

A expressão súmula "vinculante" veicula algumas impropriedades terminológicas que devem ser ressaltadas neste estudo, para que se preze pelo rigor, próprio dos trabalhos científicos.

Em princípio, a palavra "vinculante", utilizada pela EC 45/2004 (em repetição aos outros dispositivos legais em vigor que tratavam do efeito "vinculante"), não existe na língua portuguesa. O adjetivo do verbo *vincular* é o vocábulo *vinculador*, podendo ter, ainda, as variantes sinônimas *vinculativo* ou *vinculatório*[224]. Por essa razão, utilizamos no decorrer de toda esta dissertação o termo acompanhado de aspas (" ").

Outra observação que deve ser feita é quanto à redundância que a expressão *súmula vinculante* contém. Considerando que toda norma jurídica, por força da relação de imputação tecida normativamente, detém força de ordem, de prescrição de condutas intersubjetivas, não é incongruente afirmar que toda norma jurídica é vinculadora. Assim, se tomarmos a súmula "vinculante" como uma norma jurídica, introdutora de enunciados prescritivos que regulam condutas entre sujeitos, por conseqüência, ela será sempre vinculadora.

Ancorado nesses argumentos, Tárek Moussallem[225] tece seus comentários, dizendo que, "quando se fala em 'súmula vinculante' ou ainda 'súmula com efeito vinculante', está-se diante de reprovável redundância. Seria como falar em 'lei

---

[224] Uma rápida incursão nos dicionários da língua portuguesa denuncia a inexistência do vocábulo "vinculante". Cf. Antônio Houaiss, *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*; Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*; e Caldas Aulete. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.*

[225] Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade, *III Congresso Nacional de Estudos tributários:* interpretação e Estado de Direito, p. 852.

vinculante' ou 'Constituição vinculante'. Qual linguagem prescritiva que não é vinculadora? Linguagem prescritiva sem tal força deixa de ser diretiva de condutas".

## 4.2 Súmula "vinculante" como instrumento de aproximação entre os controles de constitucionalidade difuso e concentrado

O ingresso da súmula "vinculante" no sistema jurídico brasileiro ocasionou a aproximação do controle de constitucionalidade difuso com o concentrado, ambos exercidos pelos STF.

Com efeito, um dos requisitos para a edição de súmula "vinculante" é a existência de controvérsia atual sobre matéria constitucional entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública. Essa divergência, em que se discute a interpretação, a validade ou a eficácia de normas jurídicas, surge por meio de lides apreciadas por qualquer juízo ou tribunal do país e gera vários entendimentos sobre a mesma questão jurídica.

Essa diversidade de entendimentos acarreta insegurança jurídica ou a multiplicidade de processos iguais e autoriza o STF a editar súmula com efeito "vinculante". É nesse ponto que o controle de constitucionalidade difuso se aproxima do concentrado, pois ao criar uma súmula "vinculante", consolidando um entendimento a respeito de uma matéria controvertida, a Suprema Corte atinge a todos os indivíduos que estão em situação de igualdade e obriga os demais juízes e a Administração Pública a respeitar sua jurisprudência constitucional. A súmula "vinculante", desse modo, funciona como instrumento "que realiza um trânsito do modelo difuso-concreto para o concentrado-abstrato"[226].

Substancialmente, o efeito "vinculante" da súmula é o mesmo daquele que está presente nas decisões proferidas nas ações próprias do controle concentrado, tal qual a

[226] Cf. Glauco Salomão Leite, *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, p. 77.

ADIn, a ADC e a ADPF. Nesse sentido, não há distinção entre esses instrumentos de controle concentrado e a súmula "vinculante".

O que muda é a necessidade de que, para que a súmula seja editada, haja o efetivo exercício da jurisdição difusa. É justamente pelo fato de as súmulas nascerem do exercício do controle difuso que se faz indispensável atribuir o caráter de obrigatoriedade à jurisprudência do STF, já que procura reduzir a insegurança jurídica causada pela divergência jurisprudencial. Esse é o traço distintivo da súmula "vinculante" com as ações próprias do controle concentrado.

Ademais, com a edição de súmula "vinculante", promovendo esse trânsito do controle difuso para o concentrado, torna-se desnecessária a posterior intervenção do Senado, suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional, nos moldes do art. 52, X, da Constituição Federal, o que concede, por via reflexa, uma maior independência e fortalecimento do Poder Judiciário.

Por outro lado, se a decisão de inconstitucionalidade, em controle difuso, não é acompanhada da edição de uma súmula "vinculante", por conseqüência, para possuir eficácia geral, o Senado deverá intervir e suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

## 4.3 Estrutura normativa da súmula "vinculante" sob as dimensões sintática e semântica: veículo introdutor e enunciado prescritivo

Ao expor sobre os diversos aspectos da norma jurídica no item 1.7.1, afirmamos que toda norma mantém a mesma organização interna, mas que, semanticamente, elas se apresentam com conteúdos de significação distintos. É dizer, as normas jurídicas são sintaticamente homogêneas e semanticamente heterogêneas. Daí por que elas se classificam em primárias dispositivas, primárias sancionatórias e secundárias. A conjugação de, pelo menos, a primária dispositiva com a secundária forma a norma jurídica completa.

De forma geral, os conceitos de súmula "vinculante" e de efeito "vinculante" têm sido desenvolvidos sob o aspecto pragmático, dificultando, muitas vezes, identificar os reais contornos do instituto. Ambas as expressões apresentam sinais de vagueza e de ambigüidade, podendo ser empregadas com outras colorações. Por essa razão, apresentamos os sentidos em que elas são aplicadas.

### *4.3.1 Súmula "vinculante" como norma jurídica (veículo introdutor de enunciado(s) prescritivo(s))*

Em um primeiro momento, traçamos a estrutura da súmula ressaltando a sua dimensão sintática. Como norma jurídica produzida pelo Supremo Tribunal Federal, que introduz no sistema jurídico enunciado(s) prescritivo(s), e cuja função é conceder "a validade, a interpretação e a eficácia de normas jurídicas determinadas (...)"[227], a súmula "vinculante" é veículo introdutor de enunciado(s) prescritivo(s) e tem caráter geral e concreto.

Destrinchando cada uma das partes normativas, conseguimos vislumbrar: (i) a norma primária dispositiva, (ii) a norma primária sancionatória e (iii) a norma secundária. Robson Maia Lins[228], escrevendo sobre o efeito "vinculante", desenvolve o assunto, indicando a estrutura de cada uma dessas normas jurídicas. Trazendo para a estrutura da súmula "vinculante, podemos vislumbrar o resultado abaixo demonstrado.

Como norma primária dispositiva, a súmula "vinculante" apresenta a seguinte estrutura:

> Hipótese: dada a edição, pelo STF, de enunciado(s) prescritivo(s) sobre matéria constitucional, baseado(s) em reiteradas decisões da Corte Suprema, e cujo fundamento seja dar validade, interpretação e eficácia a outras normas jurídicas,

[227] Art. 103-A, § 1º, da CF/88.
[228] *Controle de constitucionalidade da norma tributária:* ..., p. 152.

acerca das quais exista controvérsia atual, que ocasione grave insegurança jurídica e multiplicação de processos;

Conseqüente: deve ser a aplicação do entendimento dispostos nesse(s) enunciado(s), nas decisões a serem proferidas pelos demais Órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

Há de se ressaltar que o *dever-ser* intraproposicional presente nessa norma jurídica encontra-se modalizado na forma de *obrigatoriedade*. É dizer: os sujeitos presentes na relação jurídica embutida no conseqüente normativo encontram-se obrigados a aplicar o entendimento do outro sujeito (no caso, o STF) em seus julgamentos.

Vista como uma norma primária sancionatória, a súmula "vinculante" assume o seguinte perfil:

Hipótese: dada a edição pelo STF, de enunciado(s) prescritivo(s) "vinculante(s)", e a persistência no seu descumprimento pela Administração Pública (que estava obrigada a observá-lo(s) em seus julgados);

Conseqüente: deve ser a aplicação de sanção cível, administrativa e penal[229].

Aqui, importa fazer algumas observações: a primeira delas é de que a aplicação da sanção cível, administrativa e penal às autoridades da Administração Pública somente se processará diante da persistência no descumprimento da súmula "vinculante". É dizer: é somente após o julgamento da reclamação constitucional e a conseqüente intimação para que conformem as futuras decisões em casos semelhantes,

[229] É o art. 9º da Lei n.º 11.417/2006 que, acrescentando o art. 64-B à Lei n.º 9.784/1999, prevê a sanção em caso de persistência no descumprimento dos enunciados "vinculantes". Transcrevemos o dispositivo em referência: "Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal".

que as autoridades da Administração, caso continuem violando os enunciados contidos na súmula "vinculante", poderão ser responsabilizadas.[230]

Outra nota é que o *dever-ser* intraproposicional presente nessa norma jurídica está modalizado na forma de *permissão,* isto é, havendo o descumprimento ao disposto na súmula "vinculante" e a sua persistência, os sujeitos vinculados à aplicação dos enunciados prescritivos poderão sofrer penalidades, caso não passem a dar cumprimento à determinação da Corte Suprema.

A respeito da necessidade de se imputar uma penalidade aos agentes da Administração Pública pela inobservância da súmula "vinculante", Soraya Lunardi[231] já professava: "na prática, a falta de efetividade (força) das decisões do Supremo Tribunal Federal expõe tais decisões ao descumprimento, sem a possibilidade de uma punição efetiva. Uma boa solução seria a previsão legal de penalidades para o descumprimento de decisões do STF, inclusive pela não observância do efeito vinculante. Isso diminuiria o volume de reclamações e daria efetividade ao processo constitucional".

Registre-se que a norma primária sancionatória não se encontra presente na estrutura normativa quando o descumprimento se efetiva pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Essa previsão legal somente foi endereçada aos agentes da Administração Pública.

Conjeturamos que a sanção não foi estabelecida no âmbito do Judiciário uma vez que o jurisdicionado tem à sua disposição o sistema jurisdicional recursal, o que

---

[230] André Ramos Tavares considera a responsabilização cível, penal e administrativa dos servidores da Administração pública como efeito transcendente da reclamação constitucional, na medida em que condiciona a referida responsabilização à não aplicação da súmula "vinculante" em casos semelhantes futuros. Independentemente do efeito transcendente que a decisão proferida na reclamação constitucional possa gerar, entendemos que, sintaticamente, a sanção à Administração Pública encontra-se plantada na norma primária sancionatória da súmula "vinculante", uma vez que é o descumprimento do *dever-ser* previsto no conseqüente da norma primária dispositiva (aplicar a súmula "vinculante") que autoriza a sanção por descumprimento de dever funcional.

[231] *Direito processual constitucional:* problematização de sua autonomia, sua natureza e suas conseqüências, p. 256.

significa dizer que a persistência no descumprimento de súmula "vinculante" por juiz ou tribunal poderá ser sanada a partir da interposição dos recursos previstos, além do próprio ajuizamento da reclamação constitucional perante o STF.

Ainda assim, o magistrado que, por culpa ou dolo, provocar dano ao jurisdicionado, em virtude da prestação jurisdicional indevida, responde por seus atos, subjetivamente, de acordo com o art. 133[232] do Código de Processo Civil. Desse modo, mesmo que a lei que regulamentou a súmula "vinculante" não preveja a aplicação de sanção aos membros do Poder Judiciário, entendemos que, configurado eventual dano ao jurisdicionado, a responsabilização civil é devida[233].

Na esfera administrativa, o magistrado também pode sofrer sanções de natureza disciplinar, especialmente na hipótese de descumprimento de uma decisão do STF em sede de reclamação, que tenha cassado decisão judicial contrária à súmula "vinculante". O prejudicado poderá representar magistrado perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a quem caberá apurar a violação de dever funcional, aplicando-lhe as sanções previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/79).

Retomemos o assunto.

Já dissemos que a norma jurídica completa requer a presença da norma secundária. A expressão súmula "vinculante" também pode ser utilizada como norma secundária, que se estrutura da seguinte forma:

---

[232] "Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no nº II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não Ihe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias."

[233] O art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura também prevê responsabilização do magistrado em caso de comprovado dano ao jurisdicionado.

Hipótese: dada a contrariedade, a não aplicabilidade ou a aplicação indevida da súmula "vinculante", pelos demais órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública;

Conseqüente: deve ser o ajuizamento de reclamação constitucional perante o STF[234].

O *dever-ser* intraproposicional aqui também é modalizado na forma de *permissão,* isto é, havendo descumprimento de súmula "vinculante", o interessado pode (mas não é obrigado a) ingressar com a ação de reclamação perante o STF, para assegurar a aplicação do efeito "vinculante".

Dessa forma, a súmula "vinculante", como norma jurídica, é veículo introdutor e carrega um ou mais enunciados prescritivos, que propiciam a construção de uma outra norma jurídica geral e abstrata, que, na esfera tributária, pode ser uma regra-matriz de incidência tributária, uma norma jurídica que estabeleça deveres instrumentais, entre outras, desde que esteja situada no âmbito constitucional.

Visto isso, temos condições de enfrentar questão recorrente sobre a caracterização da súmula "vinculante" como fonte do direito. Essa discussão já é antiga, todavia, tem se renovado a partir da EC 45/2004.

Lembremos que, a rigor, as fontes do direito são os fatos do mundo social que, recortados e juridicizados por regras do sistema, produzem normas jurídicas.

---

[234] É o art. 103-A, § 3º, que prevê o ajuizamento de reclamação constitucional. *In verbis:* "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".
Na mesma esteira, foi construído o art. 7º da Lei n.º 11.417/2006: "Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplica-los indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação".

Oportunamente, também discorremos no item 1.7 sobre as devidas diferenciações entre veículos introdutores de normas (fontes formais do direito) e as fontes materiais do direito, que são os fatos jurídicos injetados no sistema jurídico, nos textos legais, por intermédio de um processo de enunciação.

Dissemos, ainda, que os veículos introdutores são normas jurídicas gerais e concretas, que introduzem no direito positivo outras normas jurídicas dirigidas ao comportamento humano.

Na condição de norma jurídica, o veículo introdutor deve apresentar aquela estrutura bimembre da norma completa, qual seja, conter a norma primária e a norma secundária.

Utilizada nessa acepção, a súmula "vinculante" é fonte formal do direito.

### *4.3.2 Súmula "vinculante" como enunciado prescritivo*

A expressão súmula "vinculante" também é utilizada para indicar o(s) enunciado(s) prescritivo(s), com conteúdo constitucional, que ingressa(m) no ordenamento jurídico por intermédio do veículo introdutor de normas jurídicas e cuja função é conceder validade, indicar qual a interpretação constitucional adequada e dar eficácia a determinadas normas jurídicas ou enunciados prescritivos já existentes no sistema jurídico.

Estamos tratando, pois, do enunciado-enunciado, isto é, do conteúdo constitucional albergado pela súmula. É sob esse ângulo que Tárek Moussallem[235] enxerga o instituto e o conceitua como "o enunciado prescritivo pertencente ao sistema do direito positivo editado pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal".

---

[235] *Op. cit.*, p. 862.

Com isso, entendemos que a súmula "vinculante", ao deter força de norma constitucional, é materialmente enunciado constitucional, em virtude da função atribuída ao STF de guardião da Constituição e em razão de a interpretação feita pela Corte Suprema dos preceitos constitucionais envolver atividade de produção normativa.

Nesse passo, transcrevemos opinião de Glauco Salomão Leite[236]:

> "É preciso reiterar que o Supremo Tribunal Federal cria direito constitucional material como resultado da interpretação constitucional, o que é consentâneo com o seu dever fundamental de resguardar a Constituição. Com isso, pretende-se ressaltar que a criação de normas constitucionais através de decisões do Supremo Tribunal Federal, portanto jurisdicionalmente, está ligada às suas competências para salvaguardar a Constituição, as quais sempre exigirão prévia atribuição de sentido aos enunciados constitucionais."

Isso não implica admitir que formalmente também sejam normas constitucionais.

Em resumo, a súmula "vinculante" pode ser utilizada tanto no sentido de norma geral e concreta, que introduz enunciado(s) prescritivo(s) no ordenamento jurídico (súmula enunciação-enunciada), quanto na acepção de enunciado(s) prescritivo(s) inseridos no sistema (súmula enunciados-enunciado).

### *4.3.3 Efeito "vinculante" como relação jurídica*

O efeito "vinculante" estampado na súmula, além de ser utilizado também no sentido de norma primária dispositiva, norma primária sancionatória e norma secundária, pode, ainda, semanticamente, ser aplicado como sinônimo de relação e de dever jurídico[237].

---

[236] *Op. cit.*, p. 123.
[237] Robson Maia Lins, *op. cit., passim.*

Como relação jurídica, o efeito "vinculante" está presente no conseqüente normativo da norma jurídica primária dispositiva.

É o efeito "vinculante" relacional que vincula o surgimento da relação jurídica à presença de certos critérios como o sujeito ativo, o sujeito passivo, a prestação a ser cumprida, o dever jurídico do sujeito passivo de cumprir a prestação, o direito subjetivo do sujeito ativo de cobrar o seu cumprimento e, no caso das regras-matrizes de incidência tributária, a indicação do critério quantitativo, que é a reunião da alíquota e da base de cálculo.

É dizer: o nascimento da relação jurídica encontra-se vinculado à existência dos critérios necessários à constituição desta relação, no conseqüente normativo.

### *4.3.4 Efeito "vinculante" como dever jurídico*

De outro lado, o efeito "vinculante", visto como dever jurídico, está situado no seio da relação jurídica, em que o sujeito passivo tem o dever de dar cumprimento à prestação, e, por outro lado, o sujeito ativo detém o direito subjetivo de exigi-la.

Quando o assunto é a aplicação da súmula "vinculante", o dever jurídico "vinculante" consiste no *dever-ser* que têm os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública de aplicá-la.

Sobre o assunto, mas se reportando às ações de controle de constitucionalidade concentrado, Robson Maia Lins[238] já dizia que "o 'efeito vinculante' é o dever jurídico que tem o sujeito passivo da relação (efeito vinculante relacional), no caso o Estado-Administração ou o Estado-Juiz, de não positivar a RMIT[239] declarada inconstitucional pelo STF ou de positivá-la, quando declarada inconstitucional".

---

[238] *Op. cit.*, p. 157.
[239] Abreviatura de regra-matriz de incidência tributária.

## 4.4 Súmula "vinculante" sob a dimensão pragmática: enunciado com força ilocucionária de ordem normativa

### *4.4.1 Algumas considerações sobre a Teoria dos Atos de Fala*

No princípio, a filosofia da linguagem enxergava na linguagem apenas um meio de descrever os fatos, com o objetivo de registrar os acontecimentos. Não se conseguia vislumbrar na linguagem a possibilidade da realização de ações.

Foi somente a partir do desenvolvimento da Teoria dos Atos de Fala por John Austin[240] que se distinguiram os atos de fala em enunciados constatativos, que apenas descrevem fatos, e enunciados performativos, que realizam ações. Passou-se a compreender que atos como o casamento, o batizado, a promessa, a contratação, a ordenação, o pedido de desculpas, entre outros, são ações que se realizam por intermédio da dicção de algumas palavras.

Os enunciados performativos (que realizam ações) não se sujeitam ao binômio dos valores verdadeiro/falso, nem de válido/inválido, mas aos valores de sucesso/insucesso (*happy/unhappy*), que significam o preenchimento ou não de determinadas condições[241] para que o ato de fala se perfectibilize.

---

[240] *Quando dizer é fazer:* palavras e ação, *passim.*

[241] As condições previstas por Austin para que o ato de fala performativo se complete são resumidas em seis, devidamente enumeradas por Tárek Moussallem (*Revogação em matéria tributária*, p. 13-14): "(i) deve existir um procedimento convencionalmente aceito, que apresente determinado efeito convencional e que inclua o proferimento de certas palavras, por certas pessoas e em certas circunstâncias; (ii) as pessoas e as circunstâncias particulares, em cada caso, devem ser adequadas ao procedimento específico invocado; (iii) o procedimento tem de ser executado por todos os participantes de modo correto; (iv) o procedimento tem de ser executado por todos os participantes de modo completo; (v) nos casos em que, como ocorre com freqüência, o procedimento visa às pessoas com seus pensamentos e sentimentos, ou visa à instauração de uma conduta correspondente por parte de alguns dos participantes, então aquele que faz parte do procedimento e o invoca deve, de fato, ter tais pensamentos ou sentimentos, e os demais actantes devem ter a intenção de se conduzir de maneira adequada. Além disso, (vi) devem realmente conduzir-se dessa maneira subseqüente".

Buscando fazer a adequada distinção entre atos de fala constatativos e performativos, John Austin aprofundou sua teoria, elaborando a teoria dos atos *locucionários, ilocucionários* e *perlocucionários.*

A segregação em *locucionário, ilocucionário* e *perlocucionário* nada mais é do que a visualização de três aspectos distintos de um único ato de fala.

Os atos locucionários caracterizam-se por serem o próprio dizer. Os atos ilocucionários correspondem àquilo que se faz ao falar alguma coisa. Por sua vez, os atos perlocucionários são os efeitos provocados no destinatário da mensagem pelo fato de ter sido dito alguma coisa, isto é, o resultado produzido pela ação de dizer algo.

À guisa de exemplo, consideremos o enunciado expedido pela mãe ao seu filho: "Filho, faça sua tarefa de casa até o final da tarde". Este é o ato locucionário, ou seja, o próprio dizer. O ato ilocucionário pode ser o de uma ordem ou de mero aconselhamento, a depender da intenção do editor da mensagem, no caso, a mãe. O ato perlocucionário, por sua vez, é a reação do filho ao compreender o enunciado, que pode ser: "Ela me obrigou a fazer a tarefa", ou, de outro modo, "ela me convenceu a fazer a tarefa" .

Para nosso estudo, centrar-nos-emos na força ilocucionária do ato de fala, que se volta especificamente para o que o editor da mensagem pretende ao expedi-lo.

Nesse sentido, releva a distinção entre o ato ilocucionário e o ato proposicional. Com efeito, um não se confunde com o outro. Manuel Maria Carrilho[242] identifica as características de um e de outro, ao professar que: "o acto ilocutório não pode, por isso, confundir-se com o acto proposicional, pois o mesmo acto proposicional (por exemplo 'feche a porta') comporta a possibilidade de aparecer em actos ilocutórios muito diferentes, como a ordem ('Vá fechar a porta') ou o pedido ('Por favor, feche a porta')".

[242] *Filosofia das ciência*, p. 67, *apud* Tárek Moussallem, *revogação...*, p. 19.

Isso demonstra que o ato proposicional pode ter o mesmo conteúdo, porém o ato ilocucionário pode variar, a depender da pretensão do emissor ao enunciar a mensagem.

Lastreado nessas idéias, José Luiz Fiorin[243] indica um exemplo bastante elucidativo. Ele considera o enunciado "João estuda bastante". Por meio de atos ilocucionários distintos, a frase pode assumir as seguintes feições: (i) João estuda bastante. (afirmação); (ii) João estuda bastante? (pergunta); (iii) Estude bastante, João. (aconselhamento) e (iv) Ordeno que você estude bastante, João (ordem).

Todo esse discurso tem a finalidade de nos remeter à dimensão pragmática da súmula "vinculante". Já explicamos o instituto sob o ângulo sintático e demonstramos algumas acepções semânticas que o efeito "vinculante" recebe. Agora, resta-nos tecer a estrutura da súmula "vinculante", vista sob o ângulo pragmático.

### *4.4.2 A súmula "vinculante" como ato ilocucionário ordenatório*

Ao falarmos sobre as súmulas de jurisprudência predominante produzidas pelo STF, no item 3.1.3, afirmamos que, analisadas sob a Teoria dos Atos de Fala, elas tinham força ilocucionária de recomendação, ou seja, poder apenas de violência simbólica. Nesse passo, os órgãos do Judiciário e da Administração Pública não se encontram obrigados a seguir as diretrizes ali contidas e não se sujeitam a eventual sanção em face de seu descumprimento.

Com o advento da EC 45/2004, entretanto, a Constituição autorizou o STF a expedir súmulas "vinculantes", cuja força ilocucionária, agora, é de ordem normativa.

Isso implica dizer que os sujeitos encontram-se obrigados a aplicar o contido em enunciado de súmula "vinculante", sob pena de o interessado ajuizar reclamação

[243] *A linguagem em uso, apud* Tárek Moussallem, *op. cit.*

constitucional, bem como de a autoridade que não a aplicou ser responsabilizada civil, penal e administrativamente.

Enfatizamos que a súmula "vinculante" (súmula enunciação-enunciada) é norma jurídica, que introduz no sistema jurídico enunciados prescritivos (súmula enunciado-enunciado), e, como tal, apresenta força ilocucionária prescritiva normativa.

A importância do ato ilocucionário toma ainda maior relevo quando se vislumbra a possibilidade de expedição de súmula "vinculante" com o mesmo conteúdo de anterior súmula de jurisprudência predominante, emitida pelo STF.

O conteúdo proposicional pode ser o mesmo. O ato ilocucionário, entretanto, será distinto. Tratando-se de súmula "vinculante", o ato ilocucionário é de ordem. Daí por que sua força ilocucionária é de ordem normativa.

Acaso fosse empregada força ilocucionária de aconselhamento, a mesma proposição normativa não teria a característica de vinculadora.

## 4.5 Fundamentos de validade da súmula "vinculante"

Já deixamos assente, ancorados nos postulados kelsenianos, que o concerto jurídico se estrutura de forma escalonada, em forma piramidal, na qual a Constituição Federal situa-se no topo do edifício normativo. À medida que se processa a positivação do direito e a criação de normas jurídicas, o tecido normativo vai sendo construído em direção à conduta intersubjetiva. Com isso, as normas situadas na escala hierárquica inferior têm fundamento de validade em norma de grau superior. É essa relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica que concede a garantia da legalidade dos atos infralegais e da constitucionalidade das leis.

Nesse contexto, pergunta-se: qual é o fundamento de validade da súmula "vinculante" (súmula enunciação-enunciada), enquanto norma jurídica que introduz no

sistema enunciado(s) prescritivo(s) (súmula enunciado-enunciado) com conteúdo constitucional?

### *4.5.1 A EC 45/2004: norma de produção normativa de competência*

Se visualizarmos a pirâmide normativa, constataremos que é na Constituição Federal que estão embutidas as normas que atribuem competência aos diversos órgãos do Estado para que realizem as atividades estatais.

O conceito de competência está ligado, portanto, à distribuição de funções específicas do Estado. É o que assevera Lourival Vilanova[244]:

> "Com a repartição de funções, instituição de órgãos específicos, para funções específicas, cada órgão é um centro parcial de imputação, como o Estado é o centro total de imputação, de criação e de aplicação do direito. Cada órgão é um plexo de atribuições, de faculdades, de poderes e de deveres: é um feixe de competência. Como núcleo parcial de competência é um ponto de imputação (de referência, de atribuição, de pertinência). A subjetivação, o fazer de um centro de imputação, um sujeito-de-direito, é um processo técnico no interior do sistema jurídico. Desconcentra, reparte, divide atribuições e deveres."

Na distribuição e repartição de competências, a Constituição Federal de 1988 concedeu, originariamente, ao Poder Legislativo a competência para editar veículos introdutores (enunciação-enunciado) de normas gerais e abstratas (enunciados-enunciado).

Excepcionalmente, entretanto, autorizou o Poder Judiciário a expedir normas de caráter geral, notadamente quando o propósito for o controle de constitucionalidade das normas e de atos normativos. A permissão para que o órgão julgador expeça norma jurídica de caráter geral e abstrato é possível em virtude da inserção no sistema

---

[244] *Causalidade e relação no direito*, p. 265-266.

daquilo que Lourival Vilanova[245] indica como regra de habilitação interna ao direito positivo.

De acordo com seu entendimento, "nos ordenamentos de 'Direito escrito', também existe norma geral que habilita o órgão julgador a criar norma com validade *erga omnes* (assim no Direito trabalhista brasileiro). Tal regra está explícita ou implícita. Sem essa norma de habilitação, juridicamente o órgão julgador estaria indo *contra* ou *praeter legem,* inconstitucionalmente desfazendo a repartição de competência dentro da qual esse órgão juridicamente existe. Mas o ato jurisdicional, mesmo o vertido sobre o caso, é, tipicamente, *um ato de realização do Direito pela individualização da lei*".

A competência atribuída pela Constituição Federal de 1988 para que o STF expeça normas com eficácia geral existe desde a EC 3/93, que concedeu efeito "vinculante" e eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em sede de ação declaratória de constitucionalidade.

No que tange à súmula "vinculante", foi a EC 45/2004 que inseriu no texto constitucional o art. 103-A e atribuiu ao STF a competência para produzir referida norma geral.

*4.5.1.1 Competência do Judiciário para produzir normas jurídicas de caráter geral*

São recorrentes as vozes que entoam a invasão de competência normativa do Poder Judiciário quanto à edição de norma jurídica de caráter geral. Os argumentos buscam, sobretudo, indicar uma suposta violação à tripartição dos poderes, na medida em que se confere a outro Poder estatal a função de elaborar leis[246].

---

[245] *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 235.
[246] Utilizado aqui no sentido amplo, englobando as diversas espécies legislativas.

Já antecipamos que aos juízes é autorizado, originariamente, criar normas individuais e concretas, ancoradas nas normas gerais e abstratas produzidas pelo Poder Legislativo. Esse processo de criação do direito integra o ciclo de positivação jurídica, desde a norma mais abstrata até a mais concreta, próxima da conduta humana, e a norma veiculada na decisão judicial deve corresponder ao conteúdo da norma trazida na lei.

Excepcionalmente, todavia, como afirmado alhures, o sistema produz uma regra de habilitação interna, que autoriza o órgão judicial a construir normas jurídicas com efeito geral. É o que sucede com a autorização constitucional para a elaboração de súmula "vinculante" pelo STF. Destarte, inexiste violação à tripartição de poderes.

Ademais, a atribuição de competência ao Poder Judiciário para editar normas de caráter geral se justifica, especialmente, para garantir um efetivo controle de constitucionalidade. Sob este aspecto, Kelsen[247] registra que o controle de constitucionalidade não pode ser realizado por aqueles órgãos do Estado cujos atos devem ser controlados. Ele nos adverte que

> "el reclamo político-jurídico de garantias de la Constitución, es decir, de instituciones por médio de las cuales se controla la constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmediatamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio específico de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho. (...) También la pregunta técnico-jurídica acerca de la mejor organización de esta garantia constitucional puede ser respondida de diversas maneras, según el carácter peculiar de la Constitución y la distribución del poder político que ésta determina; (...) Sobre todos estos temas es posible discutir seriamente. Solo una cosa parece estar fuera de discusión, algo que es de una evidencia tan primaria, que casi parece innecesario destacarla en médio de la discusión de estos últimos años en torno al problema de la garantia constitucional: si debe ser creado absolutamente un instituto por médio del cual sea controlada la constitucionalidad de ciertos actos del Estado subordinado inmediatamente a la Constitución, en especial los actos del Parlamento o del Gobierno, de manera que dicho control no pueda ser transferido al órgano cuyos actos deben ser controlados."

[247] *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, p. 4-5.

Essa regra de habilitação interna autorizando que a Corte Suprema construa normas gerais é produzida pelo sistema para assegurar a interpretação dos dispositivos constitucionais, de forma a garantir as atribuições conferidas ao Tribunal Constitucional e assegurar uma eficiente jurisdição constitucional.

### *4.5.2 A Lei Federal 11.417/2006: norma de produção normativa de procedimento*

Tendo a Constituição Federal veiculado a norma de produção normativa, conferindo ao STF a competência para editar súmula "vinculante" (enunciado-enunciado), foi a Lei Federal 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu as normas de produção normativa, sobre o procedimento para a sua edição e conteúdo.

Indica os legitimados a propor a edição de súmula, o *quorum* necessário para a aprovação do enunciado, o conteúdo, a finalidade, a medida cabível em caso de descumprimento, entre outros aspectos.

É também nesse mesmo veículo que estão dispostas as normas de revisão sistêmica, consistentes nos procedimentos de revisão e de cancelamento de súmula "vinculante". A lei em referência estabelece em que circunstâncias as súmulas "vinculantes" podem ser revistas e canceladas.

Subsidiariamente a essa lei ordinária, o procedimento de edição e de revisão de súmula "vinculante" obedecerá ao disposto no Regimento Interno do STF[248].

Na pirâmide normativa, a Lei Federal em referência está hierarquicamente abaixo da Constituição Federal.

[248] Conforme estabelece a Lei 11.417/2006, art. 10.

### *4.5.3 Reiteradas decisões do STF sobre matéria constitucional: conteúdo da súmula enunciado-enunciado*

O conteúdo da súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) é retirado de "reiteradas decisões sobre matéria constitucional". É dizer, a súmula é resultado da reiteração de decisões num mesmo sentido, sendo emitida após diversos pronunciamentos da Corte sumulante, resumidos em um ou mais enunciados prescritivos. Este é o primeiro pressuposto que o art. 103-A da Constituição Federal exige para a sua edição.

Esse aspecto diferencia a súmula "vinculante" do precedente judicial, uma vez que este prescinde de repetidas decisões, sendo sua *ratio decidendi* decorrente de um único julgado.

Não se especifica a quantidade de decisões proferidas para que se forme a súmula.

As decisões reiteradas devem ser provenientes da Corte Suprema, proferidas em controle de constitucionalidade difuso, expressando seu entendimento sobre determinada matéria, que possa gerar controvérsia atual que resulte em grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos e têm de tratar, necessariamente, de matéria constitucional.

O conteúdo da súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) é, portanto, extraído de normas jurídicas construídas em sede de ações individuais e concretas (*v.g.*, recurso extraordinário, mandado de segurança, agravo de instrumento).

Questão que vem ganhando força diz respeito a saber se a reiteração de decisões é requerida também para a revisão e o cancelamento de súmula "vinculante".

André Ramos Tavares[249], pronunciando-se sobre o assunto, se posiciona contra a necessidade de reiteração de julgados nesses casos:

> "O item (i) poderia ser considerado como aplicável exclusivamente para a hipótese de edição. Isto porque, uma vez editada a súmula, dificilmente (para não dizer que será mesmo impossível), ocorrerá de o STF admitir a julgamento recursos ou ações que contrariem o disposto em súmula já editada e em vigor. (...) Assim, não se formariam (ou seria extravagância indesejável) as 'reiteradas decisões' contrárias à súmula em vigor, como base para sustentar o cancelamento ou revisão desta."

De fato, exigir que para a revisão e o cancelamento de súmula seja necessário obedecer ao critério da repetição de decisões seria o mesmo que admitir o contínuo descumprimento do teor da súmula e acarretaria, em conseqüência, o ajuizamento de diversas reclamações constitucionais. Esta situação se mostra, no mínimo, incoerente com a finalidade da súmula "vinculante".

Em que pese considerarmos que a alteração da súmula "vinculante" produz nova "súmula", não há como exigir a reiteração de julgados para que se opere essa modificação.

### *4.5.4 Súmula "vinculante": enunciado-enunciado que dá completude a norma geral e abstrata que é fundamento de validade de normas jurídicas individuais e concretas produzidas pelo Poder Judiciário e pela administração pública*

A súmula "vinculante" enunciado-enunciado tem o propósito, segundo o art. 103-A, § 1º, da CF/88, confirmado pelo art. 2º, § 1º, da Lei 11.417/2006, de conceder "validade, interpretação e eficácia de normas determinadas".

A validade, como já anotamos, é relação de pertinência da norma com o sistema de direito positivo. Assim, uma vez introduzidos os enunciados prescritivos no ordenamento jurídico, a norma, por conseqüência, será tida como válida.

---

[249] *Nova lei da súmula vinculante:...*, p. 32.

Lembremos que, a rigor, a validade atua nos diversos planos ($S_1$, $S_2$, $S_3$ e $S_4$), inicialmente no plano do enunciado prescritivo que é introduzido no direito positivo. Uma vez válido, a norma jurídica, produto da significação do enunciado, também o será.

Pela concepção kelseniana, a validade de uma norma é conferida por outra norma que estabelece o agente credenciado para produzi-la e o procedimento a ser praticado para o seu ingresso no sistema.

Com efeito, é o próprio direito positivo que verifica a regularidade dos enunciados produzidos, e, uma vez constatada sua irregularidade, por uma falha em sua edição, os expulsa do sistema. Este é o escólio de Lourival Vilanova[250]:

> "o processo de geração de normas é sempre este: norma geratriz incidindo na subjetividade de um ato, cujo sentido objetivo (em virtude de norma incidente) é outra norma válida; se ocorrer defeituosidade no percurso procedimental, a norma gerada não nasce nula, na espécie do inexistente. É anulável, o que requer outro procedimento, normativamente estruturado, para desconstituir a norma impugnável."

Entre os propósitos da súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) está o de confirmar a regularidade de outra norma já existente, ou seja, de ratificar que o suporte físico da norma jurídica, por ocasião de sua produção, atendeu aos critérios de forma, de autoridade, bem como o momento e o local adequados[251].

---

[250] *Causalidade e relação no direito*, p. 308.

[251] Tárek Moussallem tece críticas e identifica alguns problemas no discurso de Kelsen sobre validade. Em seu entender, a validade diz respeito à enunciação-enunciada e ao enunciado-enunciado, enquanto o ato de produção normativa (enunciação) se submete aos valores de sucesso/insucesso (*happy*/*unhappy*), ou seja, se ele preencheu todas as condições exigidas para a consecução do processo de enunciação. Confira-se: "A norma, pelo simples fato de ser norma jurídica, já é válida, já pertence ao sistema do direito positivo. A partir da enunciação-enunciada que a veiculou no sistema, volta-se a enunciação para aferir ou não a felicidade ou a infelicidade (da enunciação). O ato de produção normativa não é válido ou inválido, é feliz ou infeliz. A enunciação-enunciada e os enunciados-enunciados (por conseqüência, as normas jurídicas) é que são suscetíveis de ser invalidados. A infelicidade da enunciação, para ser hábil a invalidar a norma por ela originada, deve ser agasalhada em outro enunciado" (*Revogação...*, p. 140-141).

Porém, a súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) também se presta a conferir a interpretação de uma norma jurídica já existente, de acordo com o sistema constitucional vigente. Já afirmamos que a interpretação consiste em um processo de elucidação e de construção de sentido e perpassa pela trajetória que se inicia desde o subsistema $S_1$ e se perfectibiliza com a conclusão do sistema $S_4$. Nesse contexto, a súmula enunciado-enunciado, à semelhança da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade com redução ou sem redução de texto, impõe limites ao julgador, ao indicar qual significação deve ser adotada, ou qual significação não poderá ser utilizada, por ocasião da produção das normas individuais e concretas.

Por fim, a súmula "vinculante", enquanto enunciado-enunciado, também se propõe a conceder eficácia a outras normas.

Lembremos que a idéia de eficácia está associada à produção de efeitos jurídicos e que o vocábulo *eficácia* pode indicar três acepções distintas: a eficácia técnica, jurídica e social. Retomando o assunto, a eficácia técnica está ligada à idéia de incidência da norma sobre o fato social, de forma a juridicizá-lo, trazendo-o para dentro do mundo jurídico. A eficácia jurídica consiste em atributo do fato jurídico de gerar efeitos jurídicos e, por conseqüência, fazer nascer a relação jurídica prevista no conseqüente normativo. E a eficácia social caracteriza-se como a efetividade da norma, isto é, a produção concreta de efeitos entre os sujeitos da sociedade.

É perfeitamente factível que falte a uma norma jurídica alguma regra regulamentadora ou que tenha uma regra inibidora, ou, ainda, que exista alguma dificuldade material que impeça a juridicização do fato. Em todos estes casos, há ineficácia, mais especificamente, ineficácia técnica.

A previsão de súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) para conceder eficácia a outras normas, em nosso sentir, tem o condão de suprir a falta de uma norma regulamentadora, retirar a regra inibidora que impede que a norma jurídica produza

efeito ou, ainda, confirmar a regra inibidora por certo tempo ou até que eventual condição seja implementada.

Em todas essas situações, a súmula enunciado-enunciado não é fundamento de validade das decisões judiciais a serem proferidas (normas individuais e concretas). Entretanto, ela dá completude à norma geral e abstrata que é fundamento de validade de normas individuais e concretas a serem produzidas pelo Poder Judiciário e pela administração pública.

À guisa de exemplo, consideremos a existência da norma geral e abstrata, no âmbito tributário, que institua um tributo. Essa norma é fundamento de validade de várias normas individuais e concretas, mas referida regra-matriz de incidência contém um conceito que necessita de regulamentação.

A edição de uma súmula "vinculante" (enunciado-enunciado), esclarecendo sobre aquele conceito contido na regra-matriz de incidência, dá completude a essa última norma jurídica e, por conseguinte, possibilita que ela irradie efeitos jurídicos.

Nesse sentido, em nosso entender, a súmula "vinculante" não é fundamento de validade às normas individuais e concretas, mas completa a norma geral e abstrata, esta sim, fundamento de validade das decisões judiciais[252].

## 4.6 Procedimento de edição de súmula "vinculante"

### *4.6.1 Legitimidade para propor a edição, a revisão e o cancelamento*

Reza a Constituição Federal[253] que a edição, a revisão e o cancelamento de

[252] Nosso entendimento é dissonante com o anunciado por Tárek Moussallem, ao afirmar que "a súmula-enunciado-enunciado figurará como fundamento de validade para as normas jurídicas a serem produzidas pelo Poder Judiciário e pela administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Tais autoridades poderão, com lastro em súmula do Supremo Tribunal Federal, pautar suas decisões" (Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade, *III Congresso Nacional de Estudos tributários*, p. 863).
[253] Art. 103-A, *caput* e § 2º.

súmula "vinculante" poderão ser decorrentes da iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal ou da provocação de terceiros. Quanto à legitimação de terceiros, autorizou que a proposta de súmula "vinculante" fosse proveniente dos sujeitos credenciados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que a lei viesse a estabelecer.

A Lei 11.417/2006[254], em obediência ao texto constitucional, autorizou o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador de Estado ou do Distrito Federal, acrescentando, ainda, os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, Eleitorais e Militares, e os Municípios, estes por via incidental, a apresentar proposta de edição, de revisão e de cancelamento de súmula "vinculante".

Entre os órgãos do Poder Judiciário, a lei excluiu os juízes de primeira instância, o Conselho Nacional de Justiça, os tribunais de contas e os tribunais da Justiça desportiva. Pensamos que a limitação aos primeiros se justifica em razão do excessivo número de magistrados; ao segundo, porque todos os membros integram órgãos que já detêm legitimidade para tanto; aos terceiros, porque estão inseridos na estrutura do Legislativo e aos últimos porque fazem parte da Administração Pública.

Aos Municípios, foi autorizada a proposição de forma incidental. É dizer, no curso de um processo em que seja parte. A proposição, todavia, não suspende o andamento do referido processo. Por Município, entenda-se tanto o Chefe do Executivo municipal quanto a Mesa Diretiva da Câmara de Vereadores.

---

[254] Art. 3º.

Uma anotação que merece ser feita refere-se à aplicação ou não da pertinência temática às propostas de súmulas "vinculantes", haja vista que a lei regulamentadora silenciou a respeito. Com efeito, a restrição jurisprudencial da pertinência temática consiste na necessidade de alguns legitimados à ADIn, tais quais a confederação sindical, a entidade de classe de âmbito nacional, o governador de Estado ou a Mesa de Assembléia Legislativa, comprovarem que a proposição por eles feita tem relação com os seus interesses ou fins institucionais.

Silenciando a lei, o emprego da pertinência temática às súmulas "vinculantes" ficará a cargo do STF, que deverá, acaso opte pela aplicação, se pronunciar quanto aos novos legitimados.

Ao discorrer sobre a aplicação da pertinência temática às súmulas "vinculantes", Glauco Salomão Leite[255] posicionou-se contrariamente, argumentando:

> "Em termos práticos, é até possível que o Supremo Tribunal Federal acabe promovendo sua extensão para as súmulas vinculantes, já que há uma coincidência parcial dos legitimados e por se tratar igualmente de processo objetivo. (...) Todavia, não se crê seja essa a melhor interpretação. Há, em primeiro lugar, um importante limite hermenêutico a ser considerado. É que os enunciados normativos que cuidam da súmula vinculante não estabeleceram o requisito da pertinência temática a nenhum de seus legitimados ativos e um condicionante como esse deveria contar com expressa previsão constitucional ou legal, já que impõe uma restrição ao exercício de uma competência. Por isso, seria forçoso transpor esse requisito limitativo da ação direta de inconstitucionalidade, o qual, ele próprio, não foi autorizado pela ordem jurídica, para o regime jurídico das súmulas vinculantes, que, assim como o regime da ação direta de inconstitucionalidade, não introduziu tal pressuposto de admissibilidade. Seria, em síntese, irradiar um elemento restritivo que, em sua gênese, sequer encontrava amparo no direito positivo."

Por fim, o legislador previu a figura do *amicus curiae*[256], ao possibilitar a manifestação de terceiros na questão, dentro dos moldes previstos no Regimento

---

[255] *Op. cit.*, p. 147-148.

Interno do STF. Isso implica assumir a pluralização do debate no procedimento de enunciação da súmula[257].

### *4.6.2 Requisitos para a edição de súmula "vinculante"*

Alguns critérios são exigidos para a edição de súmula "vinculante". De forma bem objetiva, pode-se dizer que se requer: (i) *quorum* específico para aprovação; (ii) reiteradas decisões em matéria constitucional; (iii) existência de controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre esses e a Administração Pública; (iv) que a controvérsia possa acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos; (v) que a súmula tenha por objetivo a validade, a interpretação ou a eficácia de outras normas.

A CF/88, seguida pela lei federal que regulamentou o art. 103-A, requer para a aprovação, revisão e cancelamento a *decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.* Não há *quorum* fixado para a instalação da seção de votação, mas apenas *quorum* estabelecido quanto à aprovação do enunciado, que foi fixado em 2/3 dos ministros da Corte Suprema.

---

[256] Essa previsão encontra-se embutida no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 11.417/2006, que prescreve: "No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal".

[257] A intervenção de terceiros como *amicus curiae* significa a aceitação, em caráter excepcional, de terceiros em um processo, na condição de colaborador, gozando de algumas faculdades processuais, entre as quais a de promover a sustentação oral perante o pleno do STF. O *amicus curiae* passou a ser admitido pelo STF nas ADIns, a partir do julgamento da ADIn n.º 2.130-SC. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello se pronunciou, defendendo o seguinte: "Tenho para mim, contudo, na linha das razões que venho de expor, que o STF, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle abstrato de constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação" (Trecho de seu voto na ADIn mencionada, julgamento em 03.10.2001). O instituto também foi acolhido em outros julgados, a exemplo dos processos: ADIn 3259-PA, rel. Ministro Eros Grau; ADPF 54-DF, rel. Ministro Marco Aurélio; ADIn 3268 MC-RJ, rel. Ministro Celso de Mello; ADIn 2777-SP, rel. Ministro Cezar Peluso; ADIn 2039-RS, rel. Ministro Gilmar Mendes; e ADIn 2825 AgR-RJ, rel. Ministro Joaquim Barbosa.

O *quorum* de aprovação de 2/3 significa a exigência de que, pelo menos oito ministros decidam favoravelmente ao ingresso da súmula "vinculante" no sistema jurídico. Essa maioria qualificada de 2/3 seguiu o mesmo *quorum* das ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, instrumentos disponíveis no ordenamento para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Mister ressaltar, ainda, que a maioria qualificada de 2/3 para a aprovação de súmula "vinculante" é superior ao *quorum* de 3/5 para a aprovação de emenda constitucional.

Um segundo requisito exigido para a aprovação de súmula "vinculante" é que haja reiteradas decisões em matéria constitucional. Conforme já afirmado, a súmula "vinculante", neste ponto, difere do precedente judicial (*binding precedent*), cuja força obrigatória é fruto de um único julgado. Inexiste um número predeterminado de decisões da Corte Suprema para o preenchimento desse requisito. Entretanto, a reiteração de julgamentos deve ser suficiente para assegurar que a súmula seja fruto do entendimento dominante do tribunal e de amplos debates, resultando um amadurecimento adequado sobre a matéria, para que ela venha a ser cristalizada.

O assunto que integra a súmula enunciado-enunciado tem de ser, necessariamente, constitucional.

Um outro requisito que se requer é a existência de controvérsia atual entre órgãos do Pode Judiciário, ou entre estes e a Administração Pública. A necessidade de controvérsia atual restringe o âmbito das normas individuais e concretas que podem servir de conteúdo para a súmula enunciado-enunciado, uma vez que não se autoriza a edição de súmula cuja divergência seja ultrapassada (ocorrida no passado) ou que possa vir a acontecer no futuro (solução preventiva). Da mesma forma, é inadmissível a expedição de súmula enunciado-enunciado que não seja objeto de divergência, isto é, em que inexista dissenso.

Pergunta-se: em qual momento deve se verificar o requisito da atualidade da controvérsia, no momento em que se inicia o procedimento da formação da súmula, ou seja, quando de sua proposição, ou por ocasião da expedição do enunciado-enunciado? André Ramos Tavares[258] defende que a atualidade da controvérsia de ser aferida em ambos os momentos, tendo em vista que se caracteriza tanto como uma condição de procedibilidade do procedimento quanto como condição de efetiva criação do enunciado.

Anote-se, ainda, que a controvérsia atual tem de ser capaz de acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

A expressão grave insegurança jurídica apresenta um problema de ordem semântica, na medida em que integra os chamados conceitos indeterminados. Quando estaria configurada a grave insegurança jurídica, que possibilitaria a expedição de uma súmula "vinculante"?

Entendemos que a insegurança jurídica há de ser tal que venha a ocasionar o denominado efeito multiplicador da lide, é dizer, a geração de muitos processos que discutam o mesmo assunto e possam ter decisões judiciais contrárias, atacando, por via reflexa, o princípio constitucional da isonomia.

Um exemplo muito recorrente que se viveu, recentemente, e que acabou sendo objeto da Súmula "vinculante" n. 2, aprovada em 30 de maio de 2007, referia-se à concessão de liminares por alguns juízes, autorizando o funcionamento de casas de bingos, em que pese haja proibição legal para referida atividade. Constatada estava a grave insegurança jurídica, cuja divergência resultava em tratamento desigual a cidadãos em situações idênticas.

---

[258] *Op. cit.*, p. 40.

Por fim, requer-se que a súmula enunciado-enunciado tenha por objetivo a validade, a interpretação ou a eficácia de outras normas. Aqui, limitou-se o conteúdo do enunciado-enunciado, exigindo que ele dê completude a outra norma geral e abstrata já existente, conforme expusemos no item 4.4.4.

### *4.6.3. Modulação dos efeitos e eficácia da súmula "vinculante"*

O art. 4º da Lei 11.417/2006 possibilitou ao STF atribuir à súmula eficácia protraída ou restringir os seus efeitos "vinculantes". É a chamada modulação dos efeitos do enunciado prescritivo construído pelo Poder Judiciário.

O referido comando está assim redigido:

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

A introdução no direito positivo pátrio de enunciados prescritivos que autorizam a Corte Suprema a expedir uma decisão e a lhe conceder diversos matizes, restringindo-lhe ou postergando os seus efeitos para momento futuro, é atribuída às Leis Federais 9.868, de 10 de novembro de 1999 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade), e 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (Lei da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental)[259]-[260].

---

[259] Confiram-se os artigos legais que autorizam a concessão da modulação dos efeitos da decisão: Lei n.º 9.868/1999: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado". Lei n.º 9.882/1999: "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

[260] A constitucionalidade desses enunciados foi questionada pelas ações diretas de inconstitucionalidade ADIns 2.154 e 2.258 (contra o art. 27 da Lei n.º 9.868/1999, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence) e 2.231 (contra o art. 11 da Lei n.º 9.882/1999, de relatoria do Ministro

Essa modulação dos efeitos da decisão decorre da flexibilização da teoria da nulidade *ab initio*[261] da norma inconstitucional, ao permitir a ponderação com outros princípios constitucionais, tal qual a segurança jurídica dos jurisdicionados e o interesse público ou social.

Com efeito, pela teoria da nulidade *ab initio*, uma vez declarada a inconstitucionalidade de norma constitucional, a norma geral e abstrata e as normas individuais e concretas com fundamento de validade naquela seriam expurgadas do sistema jurídico, em razão da retirada de sua validade.

Entretanto, a aplicação de todos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, retirando da ordem jurídica as normas que foram produzidas (tal como requer a teoria da nulidade *ab initio*), encontra limites constitucionais, notadamente os que se referem às garantias e direitos individuais do cidadão, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Daí a necessidade de se efetuar uma ponderação e impor restrições aos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, de forma a proteger as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade na norma inconstitucional. Nesse sentido, vale a transcrição da opinião do Consultor-Geral da União André Serrão Borges de Sampaio[262], em seu pronunciamento na ADIn 2.154:

---

Néri da Silveira), sob o argumento de não haver autorização constitucional para a modulação dos efeitos da decisão. Neste sentido, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*, p. 99.

[261] Pela teoria dos atos jurídicos, divergem os estudiosos quanto à natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Para alguns, seria de ato jurídico inexistente (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 1999, p. 388); para outros, de ato anulável (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito,* 305-306; Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, p. 307); e outros, ainda, de ato nulo (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 377; Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*, p. 254, baseado na doutrina alemã). Estamos com aqueles que o consideram um ato nulo.

[262] *Apud* Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 388.

> "É lição comezinha da doutrina constitucional contemporânea a existência de tensões entre princípios constitucionais (CANOTILHO, op. cit., p. 171 e s.). A solução de tais conflitos de princípios jurídicos não se dá, todavia, por meio da exclusão de um dos princípios colidentes, mas antes por meio de uma ponderação em que se determina, sob determinadas circunstâncias, a prevalência de um dos princípios contrapostos. Esse procedimento metódico recebe diversas denominações (ponderação, colisão de direitos ou princípios fundamentais, equilíbrio de direitos etc.) que podem ser reconduzidas à idéia geral de cotejo da adequação de cada princípio às circunstâncias fáticas e normativas do caso a decidir (*vide,* a respeito, a internacionalmente prestigiosa obra de ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1993, em que se sustenta que a ponderação de direitos obedece, em última análise às máximas do princípio da proporcionalidade ou, entre nós, do devido processo legal em sentido material: art. 5º, LIV). De fato, a regra inserta no art. 27 da Lei sob exame traduz uma autorização legislativa (e sempre haverá uma reserva legal implícita em todo o conflito entre normas ou princípios constitucionais com vistas ao estabelecimento de padrões normativos para a sua solução: CANOTILHO, op.cit., p. 619-622) para que a Corte Constitucional proceda à ponderação entre o princípio constitucional da nulidade da lei inconstitucional e 'razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social', por meio da qualificadíssima maioria de dois terços de seus membros."

A flexibilização da teoria da nulidade dos atos tem sido consagrada em outros ordenamentos jurídicos. Em Portugal, *v.g.*, o constituinte mantém como regra a retirada integral da norma jurídica do sistema jurídico, entretanto, autoriza que a determinadas decisões de inconstitucionalidade seja concedida limitação de seus efeitos, quando houver razões de segurança jurídica e eqüidade e, ainda, interesse público de excepcional relevo. Tudo isso baseado no princípio da proporcionalidade.

Retomando ao cenário nacional, podemos afirmar, quanto às decisões de declaração de inconstitucionalidade, que a regra funciona da seguinte forma: com a invalidação da norma constitucional geral e abstrata, todas as normas individuais e concretas que tenham fundamento de validade naquela norma devem ser retiradas do sistema.

Entretanto, quando houver, excepcionalmente, razões de segurança pública ou de interesse social, será mantida a validade das normas individuais e concretas.

> "Resumindo tudo, tem-se o seguinte cenário, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, (i) pode-se retirar a validade daquela norma geral e abstrata e, conseqüentemente, expulsar todas as normas individuais e concretas que se lhe apóiam; (ii) retirar a vigência futura (ou manter o vigor, no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Júnior), fazendo com que a norma jurídica declarada inconstitucional permaneça vigorando quando aos casos anteriores à declaração de inconstitucionalidade."[263]

No primeiro caso, os efeitos da decisão inconstitucional são plenos; na última situação, os efeitos da decisão são restritos, operando-se a chamada modulação dos efeitos, aqui discutida, e já aplicada no controle concentrado de constitucionalidade das ações diretas de inconstitucionalidade e das argüições de descumprimento de preceito fundamental, por disposições legais expressas, e no controle difuso, por construção jurisdicional.

*4.6.3.1 Eficácia imediata*

Da leitura do art. 4.º da Lei 11.417/2006, constata-se que, tão logo a súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) seja inserida no sistema jurídico, pelo procedimento ali descrito, sua eficácia será imediata. Essa é a regra.

A norma, entretanto, deve ser construída em conjunto com o art. 2.º, § 4.º, da referida lei, que concede o prazo de 10 dias após a edição do enunciado para que o STF o publique na imprensa oficial.

Assim, a eficácia é imediata a partir da data da publicação.

---

[263] Cf. Robson Maia Lins, *Controle de constitucionalidade da norma tributária:* decadência e prescrição, p. 181-182.

*4.6.3.2 Eficácia protraída no tempo*

Existe a possibilidade de diferimento da eficácia dos efeitos "vinculantes" para momento futuro, desde que assim decidam 2/3 dos ministros do STF e que tal decisão seja motivada por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

A eficácia protraída se opera pela presença de uma regra inibidora no conseqüente da norma jurídica geral e concreta que introduz o enunciado de súmula "vinculante" no sistema jurídico. Referida regra inibidora ocasiona a ineficácia técnica sintática e, por conseqüência, impede que a norma juridicize o fato social descrito em sua hipótese.

O diferimento da eficácia para momento futuro impede que a súmula enunciado-enunciado vincule o Judiciário e a Administração Pública enquanto não chegar o momento descrito na regra. Antes disso, entendemos que tanto os órgãos do Judiciário quanto os agentes da Administração Pública encontram-se desvinculados, podendo decidir de acordo com suas próprias convicções, conforme ou contrariamente o entendimento esposado na súmula "vinculante".

E aí vale uma observação: enquanto a norma que concede efeitos "vinculantes" ao enunciado de súmula não detiver eficácia técnica para juridicizar o fato social, seus comandos normativos somente deterão o poder de violência simbólica a que se refere Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que permeia as súmulas meramente persuasivas[264].

[264] André Ramos Tavares entende de forma diversa. Para ele, "quando a Lei fala em 'decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento', não deve ser entendido como 'decidir que os *efeitos vinculantes* só tenha eficácia a partir de outro momento'. Não haveria sentido que a súmula fosse editada com efeito vinculante diferido no tempo. Isso equivaleria a que o modelo retrocedesse até as súmulas ordinárias, já presentes no modelo brasileiro anterior à reforma sumular, que não contam com efeito vinculante. É, ademais, um paradoxo (e quase uma ironia) que a súmula vinculante seja não-vinculante" (*Nova Lei da Súmula Vinculante:* estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006, p. 67). Discordamos desse posicionamento. Entender nesse sentido seria admitir que a construção de uma norma que concede efeitos "vinculantes" com eficácia protraída requeria, necessariamente, a

*4.6.3.3 Restrição dos efeitos "vinculantes"?*

A lei também concedeu ao STF a possibilidade de *restringir os efeitos "vinculantes"*. Neste caso, a nosso ver, o legislador quis dar ao STF a mesma competência conferida pelas leis da ADIn e da ADPC, para impor restrições aos efeitos decorrentes da aplicação daquele enunciado, admitindo a manutenção no sistema jurídico de normas individuais e concretas produzidas quando da vigência da norma inconstitucional. É dizer: o STF tem a possibilidade de editar enunciado com efeitos "vinculantes", cujo conteúdo, por ocasião de sua aplicação, será endereçado de forma restrita aos fatos jurídicos futuros, mantendo no sistema, por conseqüência, as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade naquela norma inconstitucional, quando se encontrava em vigência.

Assim, a restrição não seria dos efeitos "vinculantes", mas dos efeitos da aplicação do enunciado de súmula "vinculante".

Fazer uma interpretação literal do dispositivo da lei, que fez uma colagem inadequada dos artigos das Leis da ADIn e da ADPC, implicaria um resultando, no mínimo, extravagante. Vejamos.

Uma primeira leitura do dispositivo sugere que a súmula "vinculante" seja não-"vinculante", justamente por ter seus efeitos restringidos. A restrição poderia ser temporal, de forma que o enunciado produzisse seus efeitos futuramente. Porém, estaríamos diante de uma redundância, uma vez que o próprio artigo já prevê a possibilidade de a súmula "vinculante" ser produzida com efeitos protraídos.

---

construção de uma outra norma com efeitos "vinculantes" imediatos, cujo conteúdo do enunciado fosse contrário ao enunciado da súmula com eficácia protraída. É dizer: se um enunciado de súmula "vinculante" considera uma norma jurídica inconstitucional, e a eficácia dessa norma somente se dará três meses após sua vigência, o Judiciário e a Administração Pública estariam obrigados, durante esses três meses que antecedesse à sua eficácia, a decidir pela constitucionalidade da norma jurídica.

Imaginar uma restrição pessoal, de modo que o enunciado fosse vinculador quanto a uns e não vinculador quanto a outros também não convence. É certo que o enunciado não vincula o Legislativo, mas é fruto de atividade jurisdicional e não se endereça a esse Poder. Entender, por exemplo, que o enunciado vincularia a Administração, mas não o Judiciário, seria admitir que a Administração recorresse ao Judiciário para confirmar o seu desrespeito pela súmula. De forma contrária, vincular o Judiciário e liberar a Administração Pública seria conceder liberdade para que ela (a Administração) se exonerasse da submissão ao princípio da legalidade.

Uma outra possibilidade funesta seria uma restrição espacial dos efeitos "vinculantes". A idéia não agrada, visto que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica de âmbito nacional ou a interpretação de um dispositivo constitucional deve atingir a todos, abrangendo todo o território nacional.

Ainda assim, se poderia entender por uma restrição dos efeitos "vinculantes" a alguns enunciados da súmula quando ela fosse composta por vários enunciados. De acordo com esse entendimento, haveria na súmula uma parte "vinculante" e outra não-"vinculante"[265]. Não conseguimos enxergar essa possibilidade, uma vez que a norma introdutora do enunciado prevê a aplicação da sanção em caso de inobservância de aplicação de toda a súmula "vinculante".

### *4.6.4 Modificação e revogação de súmula "vinculante"*

Uma vez editada a súmula "vinculante" enunciado-enunciado e inserida no sistema jurídico, a posterior modificação em seu texto é tida como a inserção de uma nova súmula "vinculante". É dizer: não há alteração da súmula existente, mas a substituição por uma nova súmula, nos mesmos moldes da anterior.

---

[265] Cf. André Ramos Tavares, *op. cit.*, p. 68-70.

A revogação de súmula "vinculante", por sua vez, só poderá se efetivar por intermédio de outra súmula. Somente súmula revoga outra súmula.

Com efeito, a súmula "vinculante" enunciado-enunciado é implantada no ordenamento jurídico pelo veículo introdutor, consistente em uma norma geral e concreta, que denuncia aspectos do procedimento de edição (enunciação-enunciada). Toda a enunciação obedece aos requisitos previstos, concernentes ao *quorum* para aprovação, à autoridade credenciada para expedir a súmula "vinculante", bem como aos requisitos necessários à sua produção.

Oportunamente, afirmamos neste trabalho a existência de hierarquia entre os diversos veículos introdutores de normas jurídicas. Isso implica, por conseqüência, admitir que a retirada do sistema de uma norma jurídica ou enunciado prescritivo deve ser feita por outra norma jurídica de igual hierarquia à da que a introduziu. Daí por que a ejeção de súmula "vinculante" do sistema deve ser feita por meio de outra súmula enunciação-enunciada.

Um problema que entrevemos é a eventual revogação da norma geral e abstrata que deu causa ao surgimento da súmula "vinculante" enunciado-enunciado, e a permanência desta última no sistema.

O art. 5º da Lei 11.417/2006 estabelece o seguinte:

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

Em princípio, poder-se-ia entender que, havendo a revogação total ou parcial da lei com base na qual se elaborou a súmula enunciado-enunciado, ela seria infalivelmente atingida. Ora, como a súmula se propôs a dar completude à norma geral e abstrata, para assim dar fundamento às normas individuais e concretas, a expulsão da norma geral e abstrata acarretaria, por conseqüência, a perda da eficácia

da súmula enunciado-enunciado, uma vez que ela não teria mais como ser aplicada isoladamente.

Entretanto, a questão não é assim tão simples. Isso porque, em algumas situações, a súmula "vinculante" poderá veicular a pronúncia de inconstitucionalidade de determinada lei, e por conseqüência, acarretar a retirada do sistema do ato inconstitucional. Assim sendo, em razão do efeito "vinculante", a lei inconstitucional deixaria de pertencer ao ordenamento jurídico. Nesta hipótese, não seria possível que uma lei posterior viesse revogar uma lei cuja inconstitucionalidade já fora reconhecida por intermédio de súmula "vinculante", porque não se pode revogar aquilo que não mais existe juridicamente.

De outra forma, não sendo o caso de declaração de inconstitucionalidade por meio de súmula "vinculante", não se deve concluir pela sua automática prejudicialidade, visto que, apesar de não mais poder produzir efeitos jurídicos para as situações futuras, a súmula "vinculante" continuará a reger fatos ocorridos no passado, ao tempo em que estava em vigor a lei geral e abstrata a que se propôs a dar completude.

### *4.6.5 Reclamação constitucional: prevista no conseqüente da norma secundária*

O descumprimento da súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) implica a possibilidade de ingresso, perante o STF, de reclamação constitucional. Esse é o teor do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

> "Art. 103-A (...)
> § 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."[266]

[266] A Lei n.º 11.417/2006, no art. 7º, caminhou na mesma esteira do enunciado constitucional: "Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe

A reclamação consiste numa ação constitucional[267], com fundamento de validade nos arts. 102, I, *l,* e 105, I, *f*, da CF/88, de caráter mandamental, mediante o qual o reclamante, diante de um desacato a uma decisão ou a uma usurpação de competência, requer que o tribunal superior (STF ou STJ) tutele direito fundamental submetido a uma lesão.

A Constituição Federal não especificou quem se encontra legitimado a ajuizar a reclamação constitucional, tendo posteriormente a Lei 8.038/90, em seus arts. 13 e 15, disposto que "caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público" e que "qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante".

Essa propriedade da decisão judicial ou administrativa de gerar efeitos em relação a terceiros que não tenham sido partes, mas que foram de alguma forma atingidos, juridicamente, pela decisão proferida, é o que a doutrina habitualmente

---

vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação".

[267] Marcelo Navarro Ribeiro Dantas defende a natureza jurídica de ação da reclamação, ao afirmar que "é a reclamação, fundamentalmente, uma ação de conhecimento, pois a espécie de tutela que se busca nela é cognitiva, isto é, uma sentença (*rectius,* um acórdão, já que se trata de ação de competência originária de tribunais)". E continua seu arrazoado: "Quando a reclamação é da competência do Supremo e, ainda mais, nesse caso, quando se destina a obrigar ao cumprimento de decisão da corte, referente ao controle da constitucionalidade, ou a preservar a competência do Pretório Máximo no que toca a tal fiscalização, a reclamatória atinge o seu zênite como instrumento de jurisdição constitucional. Mas ela sempre preserva esse caráter, quando menos pelo fato de que é instrumento processual de sede constitucional (diretamente, no caso do STF e STJ, ou indiretamente, nas hipóteses de STM e TSE) e destinado a garantir a competência dos tribunais maiores da nação e o efetivo cumprimento de suas decisões, isto é, resguardar dois princípios de Direito Processual que se acham na Constituição: a) quando tendente à preservação de competência, o do juiz (e promotor) natural (art. 5.º XXXVII e LIII); e b) sempre que visando à imposição do cumprimento de julgado, o da efetiva tutela jurisdicional, corolário do direito à jurisdição (art. 5.º, XXXV). Tem, desse modo, a reclamação, as funções de oferecer maior segurança à ordem jurídico-constitucional, notadamente no que tange à estrutura competencial das cortes maiores do Judiciário, traçada, direta ou indiretamente, pela Lei Magna, através de meio rápido e eficaz em preservá-la. Ainda, de reforçar as decisões desses órgãos com um instrumento de respaldo jurisdicional expedito e direto. E, finalmente, de preservar, desse modo – e ao menos em relação aos órgãos judiciários aos quais é cometida –, os referidos princípios constitucionais do juiz e do promotor natural, e da eficácia da tutela jurisdicional. Nesse diapasão, portanto, está configurado seu caráter de ação constitucional – como têm registrado tantos acórdãos, quando, mesmo se não se valem da palavra ação, usam termos como remédio constitucional, instrumento constitucional e outro similares – que tanto pertence ao Direito Constitucional Processual como ao Direito Processual Constitucional" (*Da reclamação constitucional*, p.536, 542-543).

denomina de efeito transcendente[268]. Desenvolvendo sobre o assunto, Leonardo Lins Morato fala que

> "pode ser parte ativa na reclamação aquele que foi atingido pelos efeitos *erga omnes* decorrentes de um processo coletivo, instaurado, por exemplo, por uma ação atinente a direitos difusos. Isso porque, como se sabe, ainda que uma determinada pessoa não tenha feito parte da ação coletiva, pode acabar sendo atingida pelos efeitos da decisão, podendo, com isto, fazer uso dela em seu benefício. Se esta decisão tiver sido proferida pelo Supremo ou pelo STJ e tenha sido desrespeitada em prejuízo de alguém, poderá fazer uso (e ser parte) na reclamação."[269]

Na reclamação constitucional, inexiste instrução e tampouco a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa. O reclamante instrui a petição inicial com a documentação que comprova o desrespeito à súmula "vinculante". Ao reclamado é concedido o prazo de 10 dias para prestar informações, após o que terá vista dos autos o Ministério Público.

É uma espécie de ação que comporta a concessão de medida cautelar[270].

A reclamação por descumprimento de súmula "vinculante" é cabível quando a decisão judicial ou administrativa: (i) contrariar a súmula, (ii) negar-lhe vigência ou (iii) aplicá-la indevidamente.

---

[268] No julgamento da Reclamação n. 1880, o STF, pronunciando-se sobre o alargamento da legitimidade para ingressar com reclamação constitucional, decidiu o seguinte: "Reclamação. Reconhecimento de legitimidade ativa *ad causam* de todos que comprovem prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública de todos os níveis, contrárias ao julgado do Tribunal. Ampliação do conceito de parte interessada (Lei 8.038/90, artigo 13). Reflexos processuais da eficácia vinculante do acórdão a ser preservado" (Ag. Reg. na Reclamação 1.880-6/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 07.11.2002).

[269] *A reclamação e sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante*, p. 401.

[270] A Lei n.º 11.417/2006, em seu art. 6.º, vetou a concessão de cautelar para suspender andamento de processos que discutam o tema submetido a um processo de edição, cancelamento ou revisão de súmula "vinculante". Entretanto, não se pronunciou expressamente sobre a possibilidade de concessão de cautelar em reclamação constitucional, que discuta o descumprimento de súmula "vinculante". Entendemos que plenamente possível a concessão de cautelar nestes casos, sobretudo para assegurar o poder geral de cautela.

Julgada procedente a reclamação constitucional, o ato administrativo será anulado ou, se se tratar de decisão judicial, esta será cassada, e será determinado que a autoridade que expediu o ato jurídico em referência profira novo julgado, desta feita com ou sem a aplicação da súmula "vinculante", conforme a situação.

Não cabe reclamação constitucional contra o próprio Supremo Tribunal Federal, em virtude de eventual inobservância ao teor de súmula "vinculante".

Com efeito, o fato jurídico consistente no descumprimento da súmula enunciado-enunciado gera o nascimento de uma relação jurídica em que a parte interessada na aplicação da súmula "vinculante" pode ingressar com reclamação perante o STF, para obrigar a aplicação do enunciador vinculador. Uma vez que o descumprimento venha a ser praticado pela Corte Suprema, não há sentido em ela mesma julgar o seu descumprimento.

De toda sorte, pensamos que o STF, na qualidade de emissor da súmula "vinculante", não se desvirtuará do entendimento ali exposto, pronunciando-se em sentido contrário. Seria algo realmente incoerente.

# CAPÍTULO 5 – APLICAÇÃO DE SÚMULA "VINCULANTE" AO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

## 5.1 Procedimento e processo administrativo tributário: uma breve distinção

Processo consiste em relação jurídica formada entre partes. Procedimento também é relação jurídica. O que distingue um do outro? Ambos os vocábulos podem ser utilizados como sinônimos? Esse é um questionamento que ainda é recorrente entre os estudiosos e a confusão terminológica dificulta a equalização do texto.

Importante, portanto, fazer uma breve distinção nesse trabalho entre ambas as expressões.

Segundo Lucia Valle Figueiredo[271], *processo* é a sucessão de atos praticados destinados à composição de um litígio, sendo, desse modo, instrumento exclusivo da atividade jurisdicional[272]. Por outro lado, o *procedimento* é a forma de se desenvolver função administrativa, judicial ou legislativa, sendo ínsito, portanto, a qualquer atividade estatal.[273]

A característica distintiva entre um e outro é, portanto, a litigiosidade. Existindo litígio, qualquer que seja a esfera do poder estatal em que se esteja atuando, haverá *processo* e, por conseguinte, todas as garantias a ele inerentes. Inexistindo litígio, estar-se-á diante de um *procedimento*, que é a forma genérica de toda atividade estatal.

---

[271] *Curso de Direito Administrativo*, p. 285.

[272] A atividade jurisdicional é tipicamente praticada pelo Poder Judiciário, porém pode ser, de forma atípica, realizada pelos demais poderes que integram o Estado, uma vez que a jurisdição é não é privativa do Judiciário, mas monopólio do Estado como um todo.

[273] Nesse passo, inclusive, é o magistério de José Artur Lima Gonçalves, ao enunciar: "entendo necessário esclarecer que há distinção entre os termos *processo* e *procedimento* administrativos. (...) Procedimento seria, assim, o desencadear de atos praticados no desempenho da função administrativa em geral, podendo ou não envolver situações de controvérsias ou acusações. Já o termo *processo* seria dedicado exclusivamente aos procedimentos que se envolvessem essas últimas referidas circunstâncias (*Imposto sobre a renda:* pressupostos constitucionais, p. 109).

É a existência da litigiosidade, do conflito, que autoriza a aplicação das garantias processuais, como os princípios do contraditório, do devido processo legal, da ampla defesa *et coetera*.

No *processo,* a aplicação do contraditório e da ampla defesa é fundamental para garantir a eficácia do Estado de Direito. No *procedimento*, em que inexiste essa finalidade, não há essa necessidade, mas apenas a observância dos princípios do devido processo legal e daqueles constantes do art. 37 da Constituição Federal[274].

Paulo César Conrado[275] defende que o conflito é o fato jurídico ensejador da relação jurídica processual. No processo administrativo tributário, o veículo de linguagem que dá formação ao conflito é a impugnação do lançamento ou do ato de aplicação de penalidade, apresentada a tempo e modo pelo contribuinte.

Com efeito, antes do nascimento do crédito tributário, inexiste a figura do processo administrativo tributário. Isso porque a litigiosidade ainda não foi instalada; não há resistência do contribuinte à pretensão do Fisco. O conjunto de atos que precede o lançamento ou a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária ou de deveres instrumentais é procedimento administrativo tributário.

## 5.2 O processo administrativo tributário no ciclo de positivação do direito tributário

As obrigações tributárias, fixando o dever do sujeito passivo de pagar ao sujeito ativo uma prestação pecuniária, iniciam seu processo de formação ainda na norma geral e abstrata denominada regra-matriz de incidência.

---

[274] O art. 37 da Constituição Federal refere-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
[275] *Processo tributário*, p. 98-99.

É a regra-matriz de incidência tributária que estabelece genericamente qual o fato jurídico tributário que, ocorrido, gerará o surgimento da relação jurídica tributária, que contém a obrigação do contribuinte pagar tributo ao Estado.

Entretanto, e isso já sabemos, as normas gerais e abstratas não ferem diretamente a conduta humana, necessitando, por conseqüência, das normas individuais e concretas para que consigam atuar em um caso materialmente definido. Esse processo de geração de normas, mediante o qual o aplicador parte das normas gerais e abstratas e constrói novas normas, cada vez mais individuais e concretas, consubstancia-se no ciclo de positivação do direito.

No âmbito tributário, a aplicação da norma individual e concreta pode se operar por intermédio da autoridade administrativa ou do próprio contribuinte, nas hipóteses que a lei impropriamente denomina de lançamento por homologação ou autolançamento. Em uma e outra situação, são normas individuais e concretas, que prescrevem conduta humana específica. Nesse sentido, discursa Paulo César Conrado[276]: "Daí, por sinal, a afirmação segundo a qual, na mesma gaveta em que se encontra guardada a norma individual e concreta de lançamento (ato privativo da autoridade administrativa), habita o ato produzido pelo contribuinte: ambos, lançamento e ato do contribuinte, *normas*; ambos, lançamento e ato do contribuinte, *normas individuais e concretas*, não sobressaindo qualquer diferença entre uma e outra, a não ser os dados subjetivo e procedimental".

A constituição da obrigação tributária, portanto, pode se efetivar mediante (i) o lançamento, realizado pela autoridade administrativa, na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional e pela (ii) iniciativa do contribuinte, por ocasião da produção da norma individual e concreta denominada lançamento por homologação ou autolançamento.

---

[276] *Op. cit.*, p. 61.

Como o lançamento é norma jurídica produzida unilateralmente pelo Fisco, abre-se a oportunidade para que o contribuinte, uma vez notificado sobre aquele lançamento, se pronuncie, apresentando, acaso deseje, resistência à pretensão do Estado, por meio de impugnação.

Desse modo, é a impugnação do lançamento ou do ato de aplicação de penalidade, apresentada tempestivamente pelo contribuinte, que constitui o conflito, e dá ensejo ao nascimento do processo.

Dessa assertiva, surge a conclusão, pautada nos ensinamentos de Paulo César Conrado[277], de que é no processo de positivação do direito tributário, notadamente por ocasião do ato de notificação do lançamento e da entrega do lançamento por homologação, que são denunciadas as primeiras contingências do processo administrativo tributário.

## 5.3 Processo administrativo tributário federal e princípios aplicáveis

Considerando todas as premissas estabelecidas acima, enfatizamos que o processo administrativo tributário consubstancia-se como uma sucessão de atos ordenados, cuja finalidade é a expedição de um ato final decisório, solucionando a controvérsia formada entre o Estado-administrador e o contribuinte, quanto ao lançamento de uma obrigação tributária ou aplicação de penalidade.

No âmbito federal, é o Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, que regulamenta o processo administrativo fiscal. Subsidiariamente[278], a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, chamada de Lei Geral do Processo Administrativo, também lhe é aplicável.

---

[277] *Op. cit., passim.*

[278] Cf. Lei 9.784/99, art. 69. "Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei".

A conjugação desses veículos introdutores de normas jurídicas possibilita a construção dos princípios que informam o processo administrativo tributário federal.

Com efeito, consideremos o conceito de *princípio* como uma norma jurídica que introduz valores relevantes para o sistema jurídico ou que inclui limites objetivos à atuação estatal. Clarificante é a lição de Paulo de Barros Carvalho[279] sobre o assunto:

> "É que o direito positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado das normas, coparticipando da integridade do ordenamento. Não estão ao lado das unidades normativas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática. "

Em outra oportunidade, arremata:

> "Entrevemos na consideração do signo 'princípio', distinguindo-o como 'valor' ou como 'limite objetivo', um passo decisivo, de importantes efeitos práticos. Isso porque, se reconhecermos no enunciado prescritivo a presença de um valor, teremos que ingressar, forçosamente no campo da Axiologia, para estudá-lo segundo as características próprias das estimativas. (...) Quanto aos 'limites objetivos', nada disso entra em jogo, ficando muito mais simples a construção do sentido dos enunciados. E na aplicação prática do direito, esses limites saltam aos olhos, sendo de verificação pronta e imediata."[280]

Utilizaremos, neste trabalho, o vocábulo princípio para designar tanto as normas jurídicas que veiculam valores, quanto as que carregam limites objetivos à atuação do Fisco.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, indica que a administração pública, direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estará sujeita aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

---

[279] O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, *Revista de direito tributário 61*, p. 78.
[280] *Curso de direito tributário*, p. 151-154.

Garante, ainda, no art. 5.º, LV, o direito dos administrados, em processo judicial ou administrativo, ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A Lei Federal 9.784/1999[281] aplicou ao processo administrativo os princípios da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência.

Limitar-nos-emos a tecer considerações àqueles princípios que reputamos mais relevantes para os lindes deste estudo.

### *5.3.1 Princípio da legalidade*

Encartado na Constituição Federal, no art. 5.º, II, o princípio da legalidade estabelece que ninguém se encontra *obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* Neste sentido, nenhum direito subjetivo e tampouco dever jurídico pode surgir que não seja por intermédio de lei.

Decorrência lógica do princípio da legalidade em matéria tributária é a aplicação do princípio da tipicidade cerrada, que pode ser vislumbrada sob duas dimensões: a primeira requer que, na esfera legislativa, a lei descreva em seu texto detalhadamente todos os elementos descritivos do fato jurídico e os prescritivos da relação obrigacional; a outra dimensão da tipicidade cerrada é revelada no plano da factibilidade, ao exigir a exata subsunção do evento aos preceitos contidos na regra tributária, é dizer, a adequada correspondência entre a previsão genérica contida na norma geral e abstrata e a norma individual e concreta a ser produzida.

---

[281] Cf. art. 2.º.

No processo administrativo tributário, a legalidade exige que os agentes da Administração Pública, no exercício de seus misteres, "indiquem, pormenorizadamente, todos os elementos do tipo normativo existentes na concreção do fato que se pretende tributar e, bem assim, dos traços jurídicos que apontam uma conduta como ilícita".[282]-[283]

E mais, a lei há de detalhar todas as providências que podem ser tomadas pelo Fisco, no cumprimento de sua atividade de fiscalização, impedindo, por conseqüência, o emprego de expedientes e recursos não previstos em lei e, por via reflexa, gerando insegurança jurídica aos contribuintes.

### *5.3.2 Princípio da motivação*

O princípio da motivação é corolário do Estado democrático de Direito e consubstancia-se no dever de que todo agente público tem de fundamentar os atos administrativos produzidos, notadamente as decisões proferidas em sede de processo administrativo. Para Lúcia Valle Figueiredo[284], "a motivação atende às duas faces do 'due process of law': a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade declarada, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa".

É na motivação que o agente administrativo indica as razões que justificaram a edição do ato, as premissas em que o seu raciocínio se sustenta, bem como a construção de sentido e elucidação da norma individual e concreta produzida.

---

[282] Paulo de Barros Carvalho, *A prova no procedimento administrativo tributário*, p. 105.

[283] Elucidativo é o julgado do Conselho de Contribuintes da Secretaria da Receita Federal sobre o tema: "Ementa: Legalidade em Matéria Tributária – O princípio da legalidade em matéria tributária impõe que somente nascerá a obrigação tributária quando o evento da realidade factual se subsumir à hipótese de incidência da previsão normativa em abstrato e transmudar-se em fato jurídico-tributário. Só poderá ser exigido tributo quando ocorrer e no quantum da efetiva medida do respectivo fato gerador". (Número do Recurso: 123071, 3ª Câmara, Processo n.º 10830.006062/96-21, Recurso Voluntário, Julgamento 17/04/2002, Relatora: Mary Elbe Gomes Queiroz).

[284] *Op. cit.*, p. 211.

No processo administrativo, os atos devem ser motivados, com a indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, notadamente quando: (i) negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses de contribuintes; (ii) impuserem ou agravarem deveres, encargos ou sanções; (iii) decidirem processos administrativos de concurso ou seleção pública; (iv) dispensarem ou declararem a inexigibilidade de processo licitatório; (v) decidirem recursos administrativos; (vi) decorrerem de reexame de ofício; (vii) deixarem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; (viii) importarem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50 da Lei 9.784/1999).

A motivação da decisão pode se ancorar em fundamentação de pareceres anteriores, informações prestadas por autoridades fiscais, decisões já proferidas. Nessas hipóteses, o julgador faz remissão ao ato anterior, cujo conteúdo integrará o novo ato administrativo produzido.

A ausência de motivação é causa de anulação do ato administrativo, inclusive da decisão administrativo proferida em processo administrativo tributário.

### *5.3.3.Princípios da ampla defesa e do contraditório*

O direito à ampla defesa e ao contraditório são princípios constitucionais decorrentes do devido processo legal, cuja origem se deu por ocasião do surgimento do *due process of law*[285]. Referidos princípios integram os pilares formadores de um processo administrativo regularmente constituído.

Somente depois de oportunizado o direito do contribuinte de se pronunciar sobre o lançamento de tributo ou sobre a aplicação de penalidade por descumprimento

[285] O origem do *due process of law* remonta a Carta Magna de João sem Terra, em 1215, quando foi assegurado que nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedade sacrificadas sem que obedecesse ao *law of the land.* Posteriormente, referido princípio foi incorporado pela Constituição norte-americana.

de obrigação tributária ou dever instrumental é que a Administração Pública poderá atingir a sua propriedade.

A participação do contribuinte no processo administrativo deve ser a mais abrangente possível, de forma a permitir que ele tenha conhecimento das acusações contra ele oferecidas, possa apresentar defesas, recursos, fazer sustentação oral, colacionar todos os meios de provas autorizados em direito, enfim, tomar as providências necessárias a fim de equilibrar a relação processual.

Releva a observação feita por Agustín Gordillo[286], ao afirmar que "el principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo".

Na mesma esteira, José Frederico Marques[287]:

> "Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law.* Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que seria lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal. (...) Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa."

O contraditório, é dizer, a apresentação de impugnação tempestiva pelo contribuinte, é que dá início ao processo administrativo tributário federal, conforme já dito alhures. Desse modo, podemos dizer que não há como falar em processo administrativo tributário federal sem que se aperfeiçoe o contraditório.

---

[286] La garantia de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, p. 72.
[287] A garantia do *due process of law* no Direito Tributário, p. 7.

### *5.3.4 Princípio da impessoalidade*

O princípio da impessoalidade caracteriza-se pela prestação da função administrativa sem a concessão de privilégios ou interesses pessoais e particulares, tais como tratamento discriminatório, fornecimento de vantagens, favorecimentos a pessoas específicas ou a categorias econômicas. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[288], a impessoalidade implica a "Administração ter que tratar todos os administrados sem discriminações benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas e ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de quaisquer espécies. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia".

No que concerne à aplicação da súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade é observado quando a Administração Pública emprega o mesmo entendimento, firmado na súmula enunciado-enunciado, a todos os processos semelhantes, por ocasião da construção das normas individuais e concretas, consistente nas decisões administrativas.

### *5.3.5 Sobreprincípio da segurança jurídica*

Paulo de Barros Carvalho[289] defende a existência de princípio e de sobreprincípios no sistema jurídico. Esses últimos emergem da atuação de outros princípios, isto é, são consagrados em razão da observância de outras normas jurídicas que carregam princípios. Tome-se aqui o exemplo da segurança jurídica, que estará presente sempre que se operem outros princípios como o da legalidade, da irretroatividade, da ampla defesa, do contraditório *et coetera.*

---

[288] *Curso*, p. 228.
[289] O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, *Revista de direito tributário 61*, p. 85-86.

Interessa-nos aqui o escólio de Carmen Lúcia Antunes Rocha[290]:

> "É o direito à segurança jurídica que define a sustentação, firmeza e eficácia do ordenamento jurídico. Ele garante que cada pessoa pode saber de si, de seus direitos, tê-los por certos e seguros em sua aplicação, para que cada qual durma e acorde ciente de que os seus direitos são os que estão conhecidos do sistema, e que a mudança não se fará senão segundo e quando nele estabelecido (o que, numa democracia, não será de atropelo nem sem o prévio conhecimento do que vem a ser cada item jurídico mudado ou produzido como novo direito)."

No processo administrativo tributário, o exercício da segurança jurídica possibilita que os contribuintes tenham certa previsibilidade quanto à solução final do caso, operando, por conseqüência, como fator de segurança e de tratamento isonômico; que os julgadores agilizem a produção de suas decisões, reduzindo a sobrecarga pelo acúmulo de processos idênticos, haja vista a existência de jurisprudência dominante, ou mesmo sumulada; e, ainda, admite a manutenção de credibilidade do sistema jurídico, como meio de atingir a justiça fiscal, à medida que propõe iguais soluções a casos idênticos.

## 5.4 A atividade do julgador administrativo e o ato administrativo produzido no processo administrativo tributário federal: norma individual e concreta

A jurisdição, vocábulo advindo da expressão latina *juris dictio,* que significa *dizer o direito*, caracteriza-se por ser um dever estatal que busca a composição de conflitos de interesses. É atribuída predominantemente aos órgãos do Poder Judiciário, mas não exclusivamente. Isso implica admitir que pode ser, excepcionalmente, desenvolvida pelos outros poderes estatais.

Neste contexto, o processo administrativo surge como manifestação da função jurisdicional exercida pelo Poder Executivo. É dizer, o processo administrativo é materialmente jurisdicional, mas organicamente administrativo.

---

[290] *Princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, apud* Clémerson Merlin Clève, *Crédito-prêmio de IPI:* estudos e pareceres, p. 134.

Agustín Gordillo[291], se pronunciando sobre o assunto, já conseguia vislumbrar que

> "hay actos materialmente legislativos que son orgánicamente administrativos; actos materialmente administrativos que son orgánicamente legislativos (las investigaciones, pedidos de informes, autorizaciones, etc. que conceden o realizan las Cámaras); actos materialmente administrativos que son orgánicamente judiciales (las autorizaciones y venias que tienen a su cargo los tribunales: el nombriamiento y remoción de los empleados judiciales; la superintendencia ejercida por la Suprema Corte). Hay además actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, p. ej., cuando el Poder Ejecutivo decide un recurso jerárquico, etc."

Convencidos de que à Administração também é atribuída a jurisdição, notadamente quando é chamada a solucionar um conflito de interesses, resta-nos saber qual a natureza do ato decisório produzido no processo administrativo tributário.

Eurico Marcos Diniz de Santi[292], ao definir o sentido da expressão *ato administrativo*, conseguiu enxergar a distinção entre o ato de aplicação do direito (processo) e o documento legal veiculador desse ato de concreção do direito (produto). É a dicotomia entre processo e produto[293]. Daí por que ele se refere a *ato-fato*, para designar a primeira situação, e *ato-norma*, para identificar a segunda. Confira-se seu escólio:

> "Assim, convencionaremos chamar *ato-fato administrativo,* ao ato da autoridade administrativa, e *ato-norma administrativo,* à norma individual e concreta produzida por esse ato-fato, deixando a expressão *ato administrativo* para designar o gênero que envolve essas duas ações."

---

[291] *Tratado de derecho administrativo*, p. IX-8.
[292] *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 106.
[293] Esta ambigüidade é decorrente da dualidade significativa que atinge todas as ações. Considerada como um conjunto de movimentos, a ação apresenta-se simultaneamente como processo e produto. Cf. Gregório Robles, *Teoría del derecho*: fundamentos de teoría comunicacional del derecho, p. 231.

Nessa esteira, o ato decisório produzido pela Administração, por ocasião do exercício da jurisdição administrativa, consiste em ato administrativo de aplicação do direito, ou seja, das normas gerais e abstratas aplicáveis ao caso; mas também se caracteriza como uma norma individual e concreta, fruto desse trabalho de aplicação.

Sob o aspecto lógico, o ato administrativo produzido pela Administração, e o ato jurisdicional decorrente dos tribunais, possuem a mesma estrutura, conforme bem observa Kelsen[294]:

> "Precisamente do ponto de vista da sua relação com as normas dos graus superiores – relação decisiva para o postulado da regularidade do exercício da função -, não se pode perceber tal diferença entre administração e jurisdição, nem mesmo entre execução e legislação. A distinção entre jurisdição e administração reside exclusivamente no modo de organização dos Tribunais. A prova disso é a instituição da jurisdição administrativa, que consiste seja em que atos administrativos, isto é, atos normalmente produzidos por autoridades administrativas, são produzidos por tribunais, sejam em que a regularidade dos atos produzidos pelas autoridades administrativas é controlada por um tribunal, e por conseguinte são anulados no caso de serem tidos por irregulares, e eventualmente até reformados, isto é, substituídos por um ato regular. A tradicional oposição entre jurisdição e administração, e o dualismo baseado nessa oposição, existente nos aparelhos estatais de execução, só podem ser explicados historicamente, e são fadados a desaparecer se não forem enganadores os sintomas que já indicam uma tendência à unificação desses aparelhos."

Em que pese sejam idênticos em termos lógico-estruturais, não o são quanto a seus efeitos, *v.g.,* o regular trâmite de processo administrativo ou a produção de decisão administrativa não impedem o acesso e revisão da questão pelo Judiciário. Isso implica admitir que somente a decisão judicial resolve a questão de maneira definitiva, após o trânsito em julgado.

---

[294] *La defensa de la constitución*, p. 139-140.

## 5.5 Aplicação de súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal

Já afirmamos que o processo administrativo tributário federal engloba uma série organizada de atos, cuja finalidade é a produção de um ato decisório final, pondo fim à controvérsia entre contribuinte e Estado.

Essa sucessão de atos pode ser dividida em quatro fases, a saber: (i) fase introdutória ou de instauração; (ii) fase instrutória; (iii) fase decisória ou de julgamento; (iv) fase recursal[295]. Fabiana del Padre Tomé[296] complementa, dizendo que

> "com tal separação, pretende-se indicar, respectivamente: (i) o começo do processo administrativo, mediante iniciativa do particular (impugnação); (ii) a produção de argumentos e provas destinados a convencer o destinatário; (iii) a emissão de norma individual e concreta, mediante a qual o julgador reconhece a veracidade ou falsidade dos fatos alegados, constituindo fato jurídico em sentido estrito; e (iv) a manifestação de inconformidade da parte vencida, requerendo nova apreciação do tema, por órgão diverso."

### *5.5.1. Fase introdutória ou de instauração*

A caracterização do conflito e a deflagração do processo administrativo tributário federal se dão com a apresentação de impugnação pelo contribuinte, nos moldes do art. 14 do Decreto 70.235/1972[297].

É nessa ocasião que o contribuinte, após a intimação quanto à exigência tributária federal, terá o prazo de trinta dias para formalizar por escrito sua resistência ao lançamento ou à aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária ou dever instrumental, feitos pelo Fisco.

---

[295] Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *processo administrativo*, p. 91, *apud* Fabiana Del Padre Tomé, *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova...*, p. 337.
[296] *Op. cit.*, p. 337.
[297] Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Na peça processual, o contribuinte deve apresentar os motivos de fato e de direito em que se fundamento a sua impugnação, bem como os pontos de discordância. Nessa oportunidade, também deve indicar as provas que possui e requerer as diligências e perícias que deseja sejam feitas, expondo os motivos que as justifiquem, e, no caso de perícia, formulando os quesitos relativos aos exames que serão realizados.

É com a apresentação da impugnação que deve ser acostada toda a prova documental, operando-se a preclusão do direito de juntá-las em outro momento processual.

Acaso a discussão constante da impugnação tenha sido objeto de apreciação judicial anterior, o contribuinte deve informar à Administração, acostando cópia da petição inicial.

Especificamente quanto à aplicação de súmula "vinculante" nessa fase processual, é possível imaginar uma situação em que o lançamento do tributo ou o auto de infração exarado tenha sido efetivado em flagrante confronto com súmula "vinculante" (enunciado-enunciado). Uma vez deflagrado o processo administrativo tributário federal, qual deve ser a atitude do julgador: arquivar o processo sem julgamento do mérito, ou após a perfectibilização do contraditório e de toda a instrução probatória, analisar o ato administrativo, decretando a nulidade do lançamento ou do auto de infração, com o julgamento do mérito processual?

Com efeito, a Lei 9.784/1999, em seu art. 53, assegura à Administração o poder de anular seus próprios atos quando estiverem eivados de vício de legalidade. A súmula "vinculante" (enunciado-enunciado) confere completude à norma geral e abstrata, que será fundamento para a produção do ato administrativo. Tendo o ato administrativo sido construído em confronto com a norma geral e abstrata que lhe

confere fundamento, flagrante está que este ato não tem fundamento de validade e, portanto, é nulo, devendo ser retirado do sistema jurídico.

Já foi dito que é condição para a formação do processo administrativo tributário federal o contraditório, tendo em vista que é pela apresentação da impugnação do contribuinte que o processo é deflagrado. É também nessa oportunidade que se tem início a instrução probatória, uma vez que a prova documental é acostada com a impugnação.

Assim sendo, entendemos que a conjugação destes elementos: (i) existência de ato administrativo (lançamento ou auto de infração) em flagrante confronto com norma geral e abstrata, interpretada por súmula "vinculante"; (ii) existência de impugnação do contribuinte, propiciando o exercício do contraditório e da ampla defesa; (iii) apresentação dos documentos comprobatórios da tese defendida na impugnação é suficiente para que o julgador proceda ao julgamento do processo, exarando decisão anulatória do ato administrativo, que está em confronto com norma geral e abstrata e súmula "vinculante" (enunciado-enunciado), prescindindo, portanto, de extensão da instrução probatória.

Esse enxugamento da instrução probatória não implicaria violação do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que foi oportunizado ao contribuinte que se insurgisse contra o ato administrativo.

Para nós, também não é caso de arquivamento do processo sem julgamento de mérito, tendo em vista que o julgador tem de analisar se a súmula "vinculante" conjugada com a norma geral e abstrata se aplica àquele ato administrativo exarado e verificar os argumentos trazidos à baila pelo impugnante; é dizer, tem de ingressar no mérito.

### *5.5.2 Fase instrutória*

No processo administrativo tributário federal, em razão do que dispõe o art. 15 do Decreto 70.235/72, a fase instrutória tem início com a apresentação da impugnação do contribuinte. É nessa ocasião que o contribuinte acosta à defesa todos os documentos que fundamentam suas alegações, devendo ser apresentados no prazo de 30 dias, contados da data da intimação da exigência tributária.

Deixando de apresentar os documentos com a impugnação, o contribuinte somente poderá fazê-lo em outro momento se (i) ficar demonstrada a impossibilidade de sua apresentação no momento da defesa, por motivo de força maior; (ii) se se referir a fato ou direito superveniente; ou (iii) se destinar a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Nessas hipóteses, e somente nelas, o contribuinte deve requerer à autoridade julgadora o seu recebimento em instante posterior, justificando a presença de uma das situações previstas pela lei.

A fase instrutória precede a fase decisória e é nessa oportunidade que são esclarecidos todos os elementos fáticos, para propiciar a formação da convicção do julgador, daí por que o julgador pode determinar as diligências que entender necessárias.

### *5.5.3 Fase decisória ou de julgamento*

Encerrada a fase instrutória, o processo está organizado para que se proceda ao julgamento da controvérsia. É a partir daí que se ingressa na fase decisória ou de julgamento.

Os processos são remetidos para julgamento pela autoridade de primeira instância, tendo prioridade aqueles cujas circunstâncias prevejam crime contra a ordem tributária ou apresentem elevado valor[298].

[298] A indicação do que seja elevado valor é fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

A decisão em processo administrativo tributário federal é formada pelos seguintes elementos: (i) relatório resumido do processo; (ii) fundamentos legais que levaram o julgador a tomar aquela decisão; (iii) a conclusão; (iv) a ordem de intimação ao contribuinte do resultado.

Na decisão, deve haver referência a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, assim como remissão às razões de defesa apresentadas pelo contribuinte.

Quando houver súmula "vinculante" que trate sobre a matéria que está sendo julgada, o julgador, ao fazer a operação de subsunção entre a norma geral e abstrata e o fato jurídico tributário, verificará se o entendimento esposado na súmula (enunciado-enunciado) aplica-se ou não ao caso. Havendo a completa subsunção, aplicará a súmula "vinculante" à situação posta sob julgamento; não havendo coincidência, afastará a aplicação.

### *5.5.4 Fase recursal*

Uma vez julgado o processo em primeira instância, é assegurado ao contribuinte o direito a recorrer a instância superior, por intermédio de recurso voluntário, que poderá ser interposto no prazo de 30 dias, contados da intimação da decisão de primeira instância. Esta é a última fase processual, chamada de fase recursal.

No processo administrativo tributário federal, não cabe pedido de reconsideração à autoridade que proferiu a decisão[299], em sede de primeira instância. Essa é a regra que se opera.

[299] Decreto 70.235/72, art. 36.

Entretanto, quando o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria súmula "vinculante" (enunciado-enunciado), somente neste caso, caberá reconsideração da autoridade prolatora da decisão impugnada. E, ainda, acaso não a reconsidere, mantendo a decisão, deverá explicar, antes de encaminhar o recurso para a autoridade superior, os motivos pelos quais aplicou ou não deu aplicação à súmula "vinculante", conforme seja a situação.

Ao decidir o recurso, a autoridade superior também deverá justificar os motivos que a levaram a aplicar ou a não dar aplicabilidade da súmula "vinculante" àquele caso.

Sobre o assunto, interessante transcrever comentário de Glauco Salomão Leite[300]:

> "Isso demandará dessa autoridade o conhecimento adequado da jurisprudência constitucional sintetizada na súmula vinculante, para que ele possa justificar satisfatoriamente a manutenção de sua própria decisão que deixou de aplicar a súmula. Cuida-se, portanto, de um ônus argumentativo que a lei impôs ao agente administrativo. Desse modo, o agente administrativo não poderá simplesmente manter a decisão impugnada pelo recorrente. Ele deve, ademais, responder, à impugnação demonstrando que o caso concreto não sofre a incidência do enunciado sumular."

A permanência de descumprimento do entendimento esposado em súmula "vinculante" gera o direito de o interessado ingressar perante o Supremo Tribunal Federal com reclamação constitucional, a fim de garantir a aplicabilidade do entendimento da Corte Máxima.

A Lei 11.417/2006, entretanto, impôs uma limitação para o ajuizamento de reclamação constitucional perante o STF, quando houver descumprimento de súmula "vinculante" por ato da Administração Pública.

---

[300] *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*, p. 199.

O art. 7.º da prefalada lei exige que a reclamação somente poderá ser ajuizada quando contra ato ou omissão da administração pública, depois de esgotar a instância administrativa. Por esgotamento da via administrativa se entende que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração Pública.

Esta medida tem o propósito de evitar ajuizamentos em massa de reclamações perante o STF, enxurrando, ainda mais, o Judiciário com novas demandas.

Ao exigir que a decisão violadora de súmula "vinculante" se submeta à instância superior, pressupõe-se que a autoridade recorrente reformará a decisão violadora, obedecendo ao previsto no enunciado sumular.

Uma vez esgotadas as vias administrativas e permanecendo o descumprimento ao teor do enunciado sumular, seja por meio de contrariedade ao enunciado, de aplicabilidade indevida ou de negação à aplicação, o interessado poderá ingressar com reclamação constitucional perante o STF, que, a julgando procedente, anulará o ato administrativo decisório, determinando que outro ato seja proferido, com ou sem a aplicação da súmula "vinculante".

## 5.6 Aplicação de súmula "vinculante" ao processo administrativo tributário federal com decisão definitiva

A composição de conflitos ocasionada na jurisdição administrativa não detém caráter absoluto, resultado da inaplicabilidade da "coisa julgada" nesta seara. Esse fator autoriza a decisão administrativa definitiva irrecorrível à revisão judicial. Essa, inclusive, foi a lição proferida por Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo[301], ao afirmar que "as decisões proferidas no âmbito do contencioso administrativo em nosso ordenamento jurídico, não são terminativas dos conflitos, estando sujeitas a alterações

[301] *Efeitos da concomitância entre processo judicial e administrativo: análise do parágrafo único do art. 38 da lei n. 6.830/80*, p. 32.

perpetradas por normas individuais e concretas emanadas do Poder Judiciário, de acordo com o mandamento esculpido no art. 5º, XXXV, do texto constitucional".

Uma vez constatado que uma decisão em processo administrativo tributário federal já alçou a condição de decisão irrecorrível e observado que está em confronto com súmula "vinculante", questiona-se qual o instrumento adequado para invalidar esta decisão, reformando-a. Nesse caso, caberia reclamação? A reclamação encerraria forma indireta de invalidação das decisões no âmbito administrativo?

Com efeito, a revisão dos atos administrativos é possível, sobretudo quando verificada a existência de ilegalidade do ato proferido. Havendo uma decisão definitiva em processo administrativo tributário federal que viole disposto em súmula "vinculante", entendemos que é cabível pedido de revisão por parte do contribuinte, para que a decisão se conforme ao entendimento do STF sobre a matéria.

Entretanto, a revisão do processo administrativo tributário federal, quando se tratar de aplicação de sanção, não poderá resultar em agravamento de penalidade, conforme indica o parágrafo único do art. 65 da Lei 9.784/1999.

## 5.7 Súmula "vinculante" em desfavor da Fazenda Pública e reexame necessário

O recurso de ofício ou reexame necessário é previsto, no âmbito do processo administrativo tributário federal, nas seguintes hipóteses: (i) quando exonerar o sujeito passivo de pagamento de tributos e encargos de multa de valor total a ser fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda ou (ii) quando deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou de outros bens, cominada à infração denunciada na formalização da exigência[302].

[302] Decreto 70.235/72, art. 34.

Ele é interposto mediante declaração na própria decisão de primeira instância e se presta a dar maior segurança às decisões proferidas contra a Fazenda Pública no âmbito da primeira instância, de modo a não ocasionar prejuízos ao Fisco.

Questão que se insurge: se o julgador de primeira instância julgar em desfavor da Fazenda Pública, aplicando a súmula "vinculante", ainda assim, seria o caso de recorrer de ofício, procedendo ao reexame necessário?

Entendemos que o reexame necessário também se opera nas situações de aplicação de súmula "vinculante", cujo resultado for desfavorável à Fazenda Pública. O propósito do reexame necessário é confirmar a regularidade e os fundamentos utilizados na decisão recorrida, de modo que, se constatado que a aplicação da súmula "vinculante" foi indevida, poderá a segunda instância reformar a decisão. Se foi adequada, confirmar a regularidade da decisão proferida. Acaso o interessado, no esgotamento da via administrativa, entender que persiste eventual confronto à súmula, estará autorizado a ingressar perante o STF com reclamação constitucional, para garantir o seu direito.

## 5.8 Súmula "vinculante" produzida pelo STF e súmula "vinculante" administrativa

Com o advento da Emenda Constitucional 45/2004 e o ingresso da súmula "vinculante" produzida pelo STF, outras mudanças legislativas se sucederam, a exemplo da Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, aplicando o efeito "vinculante" a outros institutos jurídicos.

Referida lei federal inseriu o art. 26-A[303] ao Decreto 70.235/72 para admitir que o Poder Executivo, por intermédio da Câmara Superior de Recursos Fiscais, do

[303] Confira-se o teor do dispositivo legal em referência: "Art. 26-A. A Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda - CSRF poderá, por iniciativa de seus membros, dos Presidentes dos Conselhos de Contribuintes, do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovar proposta de súmula de suas decisões reiteradas e uniformes.

Ministério da Fazenda, edite súmula de suas decisões reiteradas e uniformes, cujo enunciado será vinculador em relação à Administração Pública Federal e, no processo administrativo, aos contribuintes.

O propósito, indiscutivelmente, é uniformizar o entendimento no âmbito administrativo, reduzindo a chamada jurisprudência lotérica na esfera dos processos administrativos, e assegurar maior segurança jurídica.

Todavia, em que pese seja intitulado o prefalado verbete de vinculador, inexiste autorização constitucional para que o Executivo produza enunciados-enunciados vinculadores. Ademais, não há a previsão de norma secundária para o caso de descumprimento da súmula "vinculante" administrativa.

Dessa forma, havendo confronto entre súmula "vinculante" produzida pelo STF e súmula "vinculante" administrativa, prevalece a primeira. Havendo resistência da Administração Pública em aplicar o enunciado-enunciado do STF, o interessado tem o direito de ingressar com reclamação constitucional perante o STF, para assegurar o seu direito.

---

§ 1º De acordo com a matéria que constitua o seu objeto, a súmula será apreciada por uma das Turmas ou pelo Pleno da CSRF.
§ 2º A súmula que obtiver 2/3 (dois terços) dos votos da Turma ou do Pleno será submetida ao Ministro de Estado da Fazenda, após parecer favorável da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ouvida a Receita Federal do Brasil.
§ 3º Após a aprovação do Ministro de Estado da Fazenda e publicação no Diário Oficial da União, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Federal e, no âmbito do processo administrativo, aos contribuintes.
§ 4º A súmula poderá ser revista ou cancelada por propostas dos Presidentes e Vice-Presidentes dos Conselhos de Contribuintes, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou do Secretário da Receita Federal, obedecidos os procedimentos previstos para a sua edição.
§ 5º Os procedimentos de que trata este artigo serão disciplinados nos regimentos internos dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda."

## 5.9 Aplicação de súmula "vinculante" ao procedimento de consulta tributária

Terminologicamente a palavra *consulta* quer dizer o ato de pedir a alguém conselho, opinião, instrução ou parecer sobre algum assunto[304], o que implica admitir que se condiciona à prévia existência de dúvida, de incerteza, sobre algo que se quer fazer ou aplicar.

No Direito Tributário, a consulta encontra-se prevista nos arts. 46 e seguintes do Decreto nº. 70.235/72 e em alguns enunciados da Lei nº. 9.430/96 e consiste no procedimento em que o contribuinte, sujeito passivo da obrigação tributária, quando em dúvida sobre a aplicação e interpretação da legislação aplicável a determinado fato concreto, formula questionamento à Administração Pública para que esta venha a lhe esclarecer qual o posicionamento deverá ser adotado naquele caso.

Com efeito, pode-se afirmar que a consulta tributária implica a instauração de um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, no exercício de uma de suas funções, esclarece sobre dúvida do contribuinte quanto à aplicação da legislação tributária.

Inexistem, portanto, interesses divergentes no procedimento de consulta fiscal, isto é, não há litigiosidade entre duas partes. Ainda que o consulente detenha o direito de recorrer a uma segunda instância administrativa em caso de decisão desfavorável, nessa hipótese, o Poder Público não se posiciona como parte, no pólo contrário ao do consulente, mas sua função é simplesmente interpretar a lei tributária para aquele caso concreto, informando uma resposta sobre o sentido da norma a ser aplicada. Busca-se, dessa forma, pôr fim à incerteza, à dúvida preexistente[305].

---

[304] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa.* p. 172.

[305] Os arts. 56 e 57 do Decreto 70.235/72 previam a possibilidade de interposição de recurso voluntário pelo consulente e estabeleciam o recurso de ofício quando a decisão fosse favorável ao contribuinte. Com o advento da Lei 9.430/96, foi instituída a instância única de julgamento, podendo o consulente interpor recurso especial ao órgão central da Secretaria da Receita Federal quando houver diferença de conclusões entre soluções de consultas fundadas na mesma norma jurídica (art. 48, § 5º). Entendemos que a possibilidade da Administração interpor recurso de ofício quando a resposta à consulta for

Se por um lado a consulta tributária consiste em um procedimento administrativo, reunindo uma diversidade de atos administrativos encadeados e ordenados numa ordem cronológica e de forma consecutiva, por outro lado, todo esse conjunto de atos visa à consecução de um fim comum: a expedição do provimento final, da decisão administrativa.

Essa decisão administrativa, que responde à consulta formulada pelo contribuinte, a que simplesmente nos referiremos como resposta à consulta, detém a natureza jurídica de um ato administrativo[306], tendente a demonstrar a interpretação que a Administração dá a determinada lei para que ela seja cumprida fielmente.

Referido ato administrativo, no instante em que enuncia a interpretação de determinada lei, insere no sistema jurídico uma norma jurídica, ou seja, permite o ingresso no ordenamento jurídico de um enunciado prescritivo regulador da conduta do contribuinte e da Administração Pública.

A norma jurídica veiculada por meio da resposta à consulta faz nascer para o consulente o direito de, uma vez aderindo à conduta descrita pelo Fisco na resposta à consulta, ser respeitado sem que lhe seja aplicada nenhuma penalidade, o que não significa dizer que o consulente estará obrigado a seguir a orientação contida na resposta. Poderá, acaso entenda ser ilegítima, recorrer ao Judiciário.

---

favorável ao contribuinte é equivocada. Na verdade, não se trata de decisão favorável ou desfavorável ao contribuinte, mas a resposta à consulta consubstancia-se como a interpretação da Administração sobre determinada legislação tributária, podendo ou não ser benéfica ao consulente. De outro lado, a possibilidade de interposição de recurso especial, prevista no art. 48, § 5º, da Lei 9.430/96 privilegia, sobretudo, a uniformidade de decisões, equalizando o entendimento sobre determinada matéria. Tais situações, a nosso ver, não imputam à consulta tributária a natureza jurídica de processo, dotado de litigiosidade.

[306] Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles, "ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria" (*Direito Administrativo Brasileiro,* p. 132).

Por outro lado, para a Administração Pública, a resposta à consulta tem efeito vinculador, de modo que o Fisco fica adstrito a aplicar a norma tributária conforme o entendimento ali exarado[307].

A EC 45/2004 estabeleceu que a súmula "vinculante" deve ser aplicada aos atos administrativos expedidos pela Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, sem especificar se são somente aos atos administrativos materialmente jurisdicionais.

Sendo assim, mister considerar que todo ato administrativo pode ser violador de súmula "vinculante", e por esse razão entendemos que a súmula "vinculante" se aplica também ao procedimento de consulta tributária, devendo ser observada por ocasião da prolatação da resposta à consulta.

Em um procedimento de consulta tributária, três são as hipóteses possíveis que, presente o confronto com súmula "vinculante", podem gerar a anulação da resposta à consulta: (i) quando a resposta ofertada com interpretação contrária à súmula "vinculante"; (ii) quando a resposta tenha aplicado a súmula "vinculante", quando não era caso de sua utilização, ocasião em que outra resposta deverá ser formulada sem a aplicação da súmula; (iii) quando a resposta houver sido formulada sem a observância da súmula quando deveria fazê-la.

Em todos os casos, após o julgamento da reclamação e a conseqüente anulação da resposta à consulta, outra deverá ser formatada, com base na interpretação conferida pelo STF ao enunciado prescritivo.

---

[307] Visualizando sob essa perspectiva, pode-se dizer que no momento em que a norma jurídica veiculada por meio da resposta à consulta vincula a Administração Pública o modal deôntico contido na norma é o de obrigatoriedade (O).

## 5.10 Aplicação de súmula "vinculante" à administração pública: sujeição no procedimento fiscalizatório e no processo administrativo tributário?

Afirmamos há pouco que a EC 45/2004, e tampouco a Lei 11.417/2006, restringiram a aplicação de súmula "vinculante", no âmbito da administração pública, aos atos administrativos materialmente jurisdicionais.

Por essa razão pensamos que o entendimento esposado em súmula "vinculante" também deve ser observado no procedimento fiscalizatório promovido pela Fazenda Pública, e não somente por ocasião do processo administrativo tributário federal.

# CONCLUSÕES

Ao final do desenvolvimento deste trabalho dissertativo, podem ser apresentadas as seguintes proposições conclusivas:

1. A partir do pressuposto metodológico de que a súmula "vinculante" consiste em norma jurídica introdutora de enunciados prescritivos sobre matéria constitucional, ou pode ser considerada como os próprios enunciados prescritivos de conduta intersubjetiva, concluiu-se que, em ambas as hipóteses, ela integra o direito positivo brasileiro e, por conseqüência, somente se perfectibiliza por intermédio da linguagem. É a linguagem que constitui a realidade, o direito e a súmula "vinculante".

2. Por ser um instituto que somente se constrói por meio da linguagem, à súmula "vinculante" também é aplicada a Semiótica, podendo se vislumbrar os diversos planos de comunicação (suporte físico, significado e significação) e distinguir o enunciado (conjugação de diversas palavras), da proposição (significação do enunciado na mente do intérprete) e da norma (significação montada em estrutura hipotética de implicação). Do mesmo modo, é possível estudar as três dimensões da linguagem: sintática (estudo dos signos entre si), semântica (relação entre os signos e as significações possíveis) e pragmática (relação dos signos com os sujeitos da linguagem).

3. Por integrar o direito positivo, considerado como o conjunto de normas válidas em determinado tempo e espaço, são aplicadas as distinções entre normas jurídicas e os conceitos relacionados às fontes do direito à súmula "vinculante", que, por estar inserida em um sistema jurídico, também se submete à verificação da existência, validade, vigência e eficácia, assim como é objeto de interpretação daqueles que a aplicam.

4. A divergência jurisprudencial caracteriza-se pela concessão de interpretações distintas a uma mesma norma geral e abstrata, gerando decisões judiciais

pragmaticamente contraditórias. A existência de divergência jurisprudencial é importante para a ampliação dos debates jurídicos e o exercício do livre convencimento do magistrado, mas não pode comprometer a unidade do sistema jurídico e propiciar a chamada jurisprudência lotérica, gerando insegurança jurídica.

5. O precedente judicial consiste em uma norma individual e concreta proferida por uma corte jurisdicional, que serve como paradigma para o julgamento de casos semelhantes que serão julgados posteriormente. Pode assumir a condição de precedente obrigatório ou meramente persuasivo, cujo poder é apenas de violência simbólica. Surgiu como uma proposta para uniformizar a jurisprudência, especialmente nos países de *common law* e garantir segurança jurídica e previsibilidade, evitando frustrações e diminuindo os custos da máquina judiciária.

6. Nos sistemas de *civil law,* o precedente judicial assume, em regra, foros de não-vinculação, em função de esses sistemas normativos se deitarem sobre leis produzidas pelo Poder Legislativo. Nos últimos tempos, entretanto, a aplicação do efeito "vinculante" a precedentes judiciais, em países de *civil law,* tem sido ligada à necessidade de uniformização de entendimento, notadamente em matéria constitucional.

7. Em referidos sistemas jurídicos*,* o efeito "vinculante" tem sido endereçado ao controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, haja vista que, estando a Constituição no cume do edifício normativo, na qualidade de norma maior, é necessário se instituir um controle vinculador das leis e atos normativos produzidos infraconstitucionalmente, de forma que esses atos normativos sejam condizentes com os ditames ali indicados, afastando do sistema eventual norma que se coloque em dissonância com o texto constitucional.

8. Para se discorrer sobre súmula "vinculante" é preciso estudar previamente a teoria do *stare decisis,* que considera a aplicabilidade obrigatória dos precedentes judiciais aos casos análogos julgados posteriormente. O efeito "vinculante" trazido para o sistema pátrio foi desenhado com base na teoria do *stare decisis* e se aproxima dos precedentes judiciais no que tange ao caráter obrigatório e geral de uma orientação

interpretativa proveniente de uma corte superior. Porém, o precedente judicial difere da súmula "vinculante" brasileira, notadamente no que se refere à necessidade de a última ser construída após decisões reiteradas sobre o mesmo assunto, para que se formule um extrato sobre determinado entendimento consolidado.

9. As decisões judiciais, na condição de normas individuais e concretas, expedidas pelo Poder Judiciário, também se sujeitam ao controle de constitucionalidade, é dizer: ao ingressarem no sistema jurídico, elas devem estar em conformidade com a Constituição em vigor.

10. Atualmente, o efeito "vinculante" no controle de constitucionalidade é aplicado nas decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade, em ação direta de inconstitucionalidade e em argüição de descumprimento de preceito fundamental. A autorização para que o Judiciário construa normas jurídicas de efeito geral decorre, na ADC e na ADIn, de dispositivos constitucionais; na ADPF, de norma infraconstitucional.

11. A súmula "vinculante" consiste em um extrato expedido pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinado entendimento jurisprudencial, em matéria constitucional, após reiteradas construções de decisões (normas individuais e concretas). Ela possui efeito *erga omnes* e é dotada de obrigatoriedade para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública, em todos os níveis da Federação.

12. É a previsão de uma sanção pelo descumprimento e a autorização constitucional para que o Supremo Tribunal Federal edite uma norma jurídica de observância obrigatória e de caráter geral que concedem à súmula o efeito "vinculante".

13. A expressão súmula "vinculante" contém impropriedades terminológicas, uma vez que o vocábulo "vinculante" não existe na língua portuguesa e, a rigor, sendo uma norma geral que introduz enunciados prescritivos no direito positivo, detém caráter vinculador. Assim, a expressão "súmula vinculante" representaria redundância.

14. A súmula "vinculante" é um instrumento da jurisdição constitucional que aproxima o controle de constitucionalidade difuso do controle concentrado, uma vez que apresenta a característica de ser enunciado geral, endereçado a todos os jurisdicionados, e vinculador, porém construído a partir do exercício do controle difuso. Nesse sentido, reduz a insegurança jurídica causada pela divergência jurisprudencial, torna desnecessária a posterior intervenção do Senado, suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional, e, ainda, concede, por via reflexa, uma maior independência e fortalecimento do Poder Judiciário.

15. Vista sob a dimensão sintática, a súmula "vinculante" pode ser considerada como norma jurídica ou como enunciado prescritivo. Como norma jurídica, pode ser utilizada nas acepções de norma primária dispositiva, de norma primária sancionatória e de norma secundária. Como enunciado prescritivo, detém conteúdo constitucional e ingressa no ordenamento jurídico por intermédio do veículo introdutor de normas jurídicas, tendo a função de conceder validade, indicar qual a interpretação constitucional adequada e dar eficácia a determinadas normas jurídicas ou enunciados prescritivos já existentes no sistema jurídico.

16. Levando em consideração que na teoria dos atos de fala a força ilocucionária se volta especificamente para o que o editor da mensagem pretende ao expedir determinado ato de fala, e desejando a Constituição Federal que todos dêem cumprimento ao enunciado de súmula "vinculante", pode-se afirmar que a súmula é enunciado com força ilocucionária de ordem normativa.

17. É a Constituição Federal que veicula uma norma de produção normativa de competência, conferindo autorização ao Supremo Tribunal Federal para que expeça súmulas "vinculantes". Originariamente, a construção de enunciados prescritivos gerais e abstratos é atribuída ao Poder Legislativo, porém, em conseqüência da inclusão de uma regra de habilitação interna ao direito positivo, torna-se possível atribuir essa competência ao Poder Judiciário.

18. A Lei Federal 11.417/2006 veicula normas de produção normativa de procedimento, ao indicar os legitimados a propor a edição de súmula, o *quorum*

necessário para a aprovação do enunciado, o conteúdo, a finalidade, a medida cabível em caso de descumprimento, entre outros aspectos. Veicula, ainda, normas de revisão sistêmica, consistentes nos procedimentos de revisão e de cancelamento de súmula "vinculante".

19. O conteúdo da súmula "vinculante" (enunciados-enunciado) é extraído de reiteradas normas individuais e concretas construídas pelo STF em ações sobre matéria constitucional.

20. A súmula "vinculante" confere completude a uma norma geral e abstrata, que por sua vez é fundamento de validade para a construção de normas individuais e concretas produzidas pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública.

21. A reclamação constitucional é o remédio jurídico cabível em caso de descumprimento ao disposto em súmula "vinculante". Encontra-se prevista no conseqüente na norma secundária da norma completa de súmula "vinculante" e, no âmbito administrativo, só pode ser ajuizada depois do esgotamento das vias administrativas.

22. É a existência de litigiosidade que distingue processo de procedimento. Havendo litígio, qualquer que seja a esfera do poder estatal em que se está atuando, haverá *processo* e, por conseguinte, todas as garantias a ele inerentes. Inexistindo litígio, estar-se-á diante de um *procedimento*, que é a forma genérica de toda atividade estatal.

23. O conflito é o fato jurídico ensejador da relação jurídica processual. No processo administrativo tributário, o veículo de linguagem que dá formação ao conflito é a impugnação do lançamento ou do ato de aplicação de penalidade, apresentada a tempo e modo pelo contribuinte.

24. É no processo de positivação do direito tributário, notadamente por ocasião do ato de notificação do lançamento e da entrega do lançamento por homologação, que são denunciadas as primeiras contingências do processo administrativo tributário.

25. O ato decisório produzido pela Administração, por ocasião do exercício da jurisdição administrativa, consiste em ato administrativo de aplicação do direito, ou seja, das normas gerais e abstratas aplicáveis ao caso; mas também se caracteriza como uma norma individual e concreta, fruto desse trabalho de aplicação.

26. Iniciado o processo administrativo e constatada, de plano, a violação à súmula "vinculante", o julgador, embasado no ato administrativo (lançamento ou auto de infração) em flagrante confronto com norma geral e abstrata e havendo existência de impugnação do contribuinte, tendo sido propiciado o exercício do contraditório e da ampla defesa e sido apresentados os documentos comprobatórios da tese defendida na impugnação, pode fazer o julgamento do processo, sem que tenha que estender a fase instrutória.

27. Havendo súmula "vinculante" sobre a matéria que está sendo julgada, o julgador, ao fazer a operação de subsunção entre a norma geral e abstrata e o fato jurídico tributário, verificará se o entendimento esposado na súmula (enunciado-enunciado) aplica-se ou não ao caso. Havendo a completa subsunção, aplicará a súmula "vinculante" à situação posta sob julgamento; não havendo coincidência, afastará a aplicação.

28. Proferida a decisão, se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria súmula "vinculante" (enunciado-enunciado), caberá reconsideração da autoridade prolatora da decisão impugnada. E, ainda, caso não a reconsidere, mantendo a decisão, deverá explicar, antes de encaminhar o recurso para a autoridade superior, os motivos pelos quais aplicou ou não deu aplicação à súmula "vinculante", conforme seja a situação.

29. A permanência de descumprimento do entendimento esposado em súmula "vinculante" gera o direito de o interessado ingressar perante o Supremo Tribunal Federal com reclamação constitucional, a fim de garantir a aplicabilidade do entendimento da Corte Máxima. Esse direito somente é assegurado após o esgotamento das vias administrativas.

30. Constatado que uma decisão em processo administrativo tributário federal já alçou a condição de decisão irrecorrível e observado que está em confronto com súmula "vinculante", o instrumento adequado para invalidar essa decisão seria o pedido de revisão por parte do contribuinte, para que a decisão se conforme ao entendimento do STF sobre a matéria.

31. O reexame necessário também se opera nas situações de aplicação de súmula "vinculante" cujo resultado for desfavorável à Fazenda Pública. O propósito do reexame necessário é confirmar a regularidade e os fundamentos utilizados na decisão recorrida, de modo que, se constatado que a aplicação da súmula "vinculante" foi indevida, poderá a segunda instância reformar a decisão. Se foi adequada, poderá confirmar que a decisão proferida foi acertada.

32. Havendo confronto entre súmula "vinculante" produzida pelo STF e súmula "vinculante" administrativa, prevalece a primeira. Ocorrendo resistência da Administração Pública em aplicar o enunciado-enunciado do STF, o interessado tem o direito de ingressar com reclamação constitucional perante esta Corte para assegurar o seu direito.

33. A súmula "vinculante" também se aplica ao procedimento de consulta tributária, devendo ser observada por ocasião da prolatação da resposta à consulta e ao procedimento fiscalizatório promovido pela Fazenda Pública.

# APÊNDICE I – EMENDA CONSTITUCIONAL 45, DE 30.12.2004

Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

"Art. 102. .....

I -.....

h) (Revogada)

.....

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

.....

III -.....

.....

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de 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 municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros." (NR)

"Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

.....

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

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

.....

§ 4º (Revogado)." (NR)

(...)

Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A:

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

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

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

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

Art. 3º A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.

Art. 4º Ficam extintos os tribunais de Alçada, onde houver, passando os seus membros a integrar os Tribunais de Justiça dos respectivos Estados, respeitadas a antiguidade e classe de origem.

Parágrafo único. No prazo de cento e oitenta dias, contado da promulgação desta Emenda, os Tribunais de Justiça, por ato administrativo, promoverão a integração dos membros dos tribunais extintos em seus quadros, fixando-lhes a competência e remetendo, em igual prazo, ao Poder Legislativo, proposta de alteração da organização e da divisão judiciária correspondentes, assegurados os direitos dos inativos e pensionistas e o aproveitamento dos servidores no Poder Judiciário estadual.

Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no caput deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

Art. 6º O Conselho Superior da Justiça do Trabalho será instalado no prazo de cento e oitenta dias, cabendo ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar seu funcionamento por resolução, enquanto não promulgada a lei a que se refere o art. 111-A, § 2º, II.

Art. 7º O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Art. 9º São revogados o inciso IV do art. 36; a alínea h do inciso I do art. 102; o § 4º do art. 103; e os §§ 1º a 3º do art. 111.

Art. 10. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 30 de dezembro de 2004.

Mesa da Câmara dos Deputados

Mesa do Senado Federal

# APÊNDICE II – LEI 11.417, DE 19.12.2006

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

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

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

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

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

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

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

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

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

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

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

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

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

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

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

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

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

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

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

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

"Art. 56. .....

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

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

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

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal."

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

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

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

## APÊNDICE III – PRIMEIRAS SÚMULAS "VINCULANTES" EDITADAS PELO STF EM 30.05.2007

Súmula n.º 1 – Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validez e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n.º 110/2001.

Súmula n.º 2 – É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Súmula n.º 3 – Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. Org. por J.M. Othon Sidou. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica:* pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In: _____. *Processo Civil 2.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARAÚJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos. Efeitos da concomitância entre processo judicial e administrativo: análise do parágrafo único do art. 38 da lei n.º 6.830/80, p. 32. In: CONRADO, Paulo César (coord.). *Processo tributário analítico.* São Paulo: Dialética, 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa.* 4ª ed., Rio de Janeiro: Delta, 1985.

AUSTIN, John L. *Quando dizer é fazer:* palavras e ação. Tradução de Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *A súmula vinculante na reforma do Judiciário:* constitucionalidade, conveniência e aplicação – adequação sumular fática e jurídica. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERMUDES, Sergio. *A reforma do Judiciário pela Emenda n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BRONAUGH, Richard. Persuasive precedent. *In Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre, n.º 34, ano 12, jul. 1985.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre el derecho y lenguage*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Filosofia do direito I (Lógica Jurídica)*. Apostila do curso de pós-graduação em Direito Tributário. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2003.

_____. *O ICMS e os "Regimes Especiais*", *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º 8. p. 94-98, 1996.

_____. A prova no procedimento administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n.º34, p. 104-116.

_____. O Princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n.º 61: 74-90.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria da norma tributária.* 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *Curso de Direito Tributário.* 18ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO JR, Torquato. Retórica jurídica e teoria da interpretação. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários:* Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, p. 867-874, 2006.

CERQUEIRA, Marcelo Fortes de. *Repetição do indébito tributário:* delineamentos de uma teoria. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Crédito-prêmio de IPI:* estudos e pareceres III. Barueri, São Paulo: Minha, 2005.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo Tributário.* São Paulo: Quartier Latin, 2004.

COSTA, Tito. *Recursos em matéria eleitoral.* 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DAIDONE, Décio Sebastião. *Súmula vinculante:* bem necessário. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade de São Paulo, 2004.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Da reclamação constitucional.* Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 1999.

*Decisões constitucionais de Marshall traduzidas por Américo Lobo.* Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* Tradução Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2006.

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma.* Buenos Aires: Astrea, 2002.

EISENBERG, Melvin Aron. *The Nature of the common law.* Harvard University Press, 1991.

ENTERRÍA, Eduardo Gabriel de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho,* Madrid: Editorial Civitas, 1996.

FARNSWOTH, E. Alan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Trad. Antônio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário.* São Paulo: Dialética, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. 1ª ed., 4ª reimp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação:* as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

FISCHER, Octavio Campos. Insegurança jurisdicional e a tributação no Brasil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Reforma do Judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 525-530, 2005.

FLUSSER, Vilém. *Língua e Realidade.* 2ª ed. São Paulo: Annablume, 2004.

FRANCIULLI NETO, Domingos. Reforma do Poder Judiciário. Controle externo. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Reforma do Judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 141-151, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Introducción al derecho norteamericano.* Stanford: TB, 1996.

CASAMIGLIA, Albert. Geografia de las normas de competencia. *Doxa* n.º 15-16, vol. 2, 1994, p. 747-767.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 11ª ed. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, JOSÉ ARTUR LIMA. *Imposto sobre a renda:* pressupostos constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, parte general. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey/ Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, *Revista de direito público 10/16*.

GOSSON, Grace Christhine de Oliveira. COFINS na prestação de serviços: violação do princípio constitucional da isonomia. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; FISCHER, Octávio Campos (coord.). *PIS-COFINS: questões atuais e polêmicas.* São Paulo: Quartier Latin, p. 447-470, 2005.

_____. Incidência das contribuições sociais sobre a importação de produtos estrangeiros – reflexo no comércio exterior. *Revista de Direito Tributário.* São Paulo: Malheiros Editores, n.º 92, p. 304-316, 2005.

_____. A consulta tributária diante da nova realidade da súmula vinculante – EC n.º 45/2004. In: SALOMÃO, Marcelo Viana; PAULA JUNIOR, Aldo (coord.). *Processo Administrativo Tributário – federal e estadual.* São Paulo: MP, p. 187-214, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione.* Milano: Giuffrè, 1993.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico.* Buenos Aires: Eudeba, 1985.

HART. Herbert L. A. *Sobre o conceito de direito.* 2ª ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa.* Versão 1.0.5a, Objetiva, nov/2002.

IVO, Gabriel. A produção abstrata de enunciados prescritivos. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário:* estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, p. 125-172, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado.* 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *¿Quien debe ser el defensor de la Constitución?* 2ª ed. Tradução Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1999.

_____. *Teoria Pura do Direito.* 6ª ed. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense.* Vol. 208. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira.* Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

LIMA, Diógenes da Cunha. *Natal:* biografia de uma cidade. Rio de Janeiro: Lidador, 1999.

LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária – Decadência e prescrição.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Efeito da decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade em matéria tributária sobre as decisões judiciais de outras instâncias do Poder Judiciário. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários:* Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, p. 801-817, 2006.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. *Direito processual constitucional:* problematização de sua autonomia, sua natureza e suas conseqüências. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador.* Coimbra: Almedina, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANENTE, Luciana Nini. *A tutela antecipada no Direito Processual Tributário.* São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARQUES, José Frederico. A garantia do *due process of law* no Direito Tributário, *Revista de Direito Público,* 5/28.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAYER, Otto. *De la codificación em Angleterre.*

MÁYNEZ, Eduardo García. *La definición del derecho:* ensayo de perspectivismo jurídico. 2ª ed. México: Universidade Veracruzana, 1960.

_____. *Introducción al estudio del derecho.* 47ª ed. México: Editorial Porrúa, 1995.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade.* Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 12ª ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELO, José Eduardo Soares de. *Processo tributário administrativo:* federal, estadual e municipal. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999.

_____, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade:* comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, Cristiane. *Competência Tributária.* São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MICHAELIS: *Dicionário escolar inglês.* São Paulo: Melhoramentos, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado,* Tomo IV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MORATO, Leonardo L. *Ação de reclamação constitucional.* Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

_____. *A reclamação e sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Revogação em matéria tributária.* São Paulo: Noeses, 2005.

_____. Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários:* Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, p. 851-865, 2006.

MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. As súmulas do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários:* Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, p. 487-505, 2006.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito:* de acordo com a Constituição de 1988. 12ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NEDER, Marcos Vinicius. Alcance e efeitos da súmula vinculante administrativo. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). *III Congresso Nacional de Estudos Tributários:* Interpretação e Estado de Direito. São Paulo: Noeses, p. 565-589, 2006.

NEQUETE, Lenine. *O Poder Judiciário no Brasil – crônicas dos tempos coloniais.* Apresentação de Carlos Mário da Silva Velloso. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, 2 v.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis.* São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al analisis del derecho.* 8ª ed. Barcelona: Ariel, 1997.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Discurso de posse como presidente do Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <http://www.stf.gov.br. Acesso em 30-04-2006.

NUNES, Rizzatto. *Manual da Monografia Jurídica.* 4ª ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Angelina Mariz de. *Ação direta de inconstitucionalidade em matéria tributária.* São Paulo: Dialética, 2005.

OLIVEIRA, Júlio Maria de. *Internet e competência tributária.* São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. John Langshaw Austin: teoria dos atos de fala I e John R. Searle: teoria dos atos de fala II. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea.* São Paulo: Loyola, 1996.

PAULA JÚNIOR, Aldo de. Decisão administrativa e a análise da constitucionalidade da lei: pode o julgador administrativo anular o lançamento por reconhecer a inconstitucionalidade da lei que o fundamenta? In: SALOMÃO, Marcelo Viana; PAULA JUNIOR, Aldo (coord.). *Processo Administrativo Tributário – federal e estadual.* São Paulo: MP, p. 17-44, 2005.

PEIRCE, Charles Sandes. *Semiótica e filosofia,* São Paulo: Cultrix, 1972.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Os limites à interpretação das normas tributárias.* São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em Direito Tributário.* São Paulo: Dialética, 2002.

RAÓ, Vicente. *O Direito e a vida dos Direitos.* 5ª ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, José Alberto dos. *Código de Processo civil anotado.* Coimbra: Coimbra Editora, v. 6, 1991.

ROBLES MORCHON, Gregorio. *Teoría de derecho:* fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Civitas, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. In: SENADO FEDERAL. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, 34 n. 133, jan/mar. 1997.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia.* 3ª ed. Tradução Genaro Carrió. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

RÚA, Julio Cueta. La ley en el mundo contemporâneo. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica.* 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. As classificações no sistema tributário brasileiro. In: *Justiça tributária:* direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário. São Paulo: Max Limonad, p. 125-147, 1998.

_____. *Lançamento Tributário.* 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Decadência e prescrição no Direito Tributário.* 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio G. Moreira. *Justiça constitucional e tributação.* São Paulo: Dialética, 2005.

SCAVINO, Dardo. El Giro Lingüístico. *Filosofía actual:* pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución.* Tradução de Manuel Sanches Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

SENADO FEDERAL. Regimentos da Colônia. *500 anos de legislação brasileira.* 2ª ed. Brasília: abril de 2001.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula Vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Reforma do Judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 761-766, 2005.

SIFUENTES Mônica. *Súmula vinculante:* um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante:* sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo.* 9ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica:* estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, v.1, 1992.

SOARES, Gabriela Pellegrino. *O I Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET e a formação de uma Escola de Pensamento.* Disponível em: <http://www.ibet.com.br>. Acesso em 20.10.2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante.* Série Biblioteca Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Propostas de súmulas.* Disponível em: <www.stf.gov.br/imprensa/pdf/PropostasdeSumula.pdf>. Acesso em: 15.03.2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro:* eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2ª ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise:* uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Nova lei da súmula vinculante:* estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Teoria morfológica, sintática e semântica da prova e sua pragmática no processo administrativo tributário federal.* Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2005.

TORRES, Heleno Taveira *et al.* (coord.). *Direito Tributário e Processo administrativo aplicados.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado da União Européia.* Sítio eletrônico oficial. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002M/htm/C_2002325PT.000501.html>. Acesso em: 28.03.2007.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em matéria tributária.* São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Lógica jurídica.* São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

_____. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Norma jurídica – proposição jurídica. *Revista de Direito Público,* n.º 61, p. 12-26.

_____. *Causalidade e relação no direito.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos.* São Paulo: IBET, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Semiótica y derecho.* Buenos Aires: Ed. Eikón, 1972.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). *Reforma do Judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

# Livros Grátis

( http://www.livrosgratis.com.br )

Milhares de Livros para Download:


Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo