

Súmula vinculante – controle de constitucionalidade, aproximação entre *civil law* e *common law* e surgimento de nova fonte imediata do Direito

Autora: Aline Lazzaron Tedesco

Juíza Federal Substituta

publicado em 29.10.2010

 [enviar este artigo]  [imprimir]

Resumo

Com o surgimento da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, se buscou melhor equipar o sistema de controle de constitucionalidade até então existente, que carecia de determinadas ferramentas, de modo a torná-lo mais completo e fortalecido. Igualmente, se objetivou melhor viabilizar e racionalizar referida atividade de controle dos atos normativos, evitando-se reiteração de julgamentos, na mesma linha do que se almejou com a criação do instituto da repercussão geral. Contudo, dadas as suas características, a súmula vinculante, em verdade, importa na admissão, pelo nosso ordenamento, de nova fonte imediata do direito e faz com que parte da doutrina entenda que se trata de uma evolução, ou aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Controle de constitucionalidade. Fonte do direito. 4 *Civil* e *Common law*.

Sumário: Introdução. 1 O surgimento da súmula vinculante no constitucionalismo brasileiro. 2 A súmula vinculante na evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. 3 Objetivação do controle difuso – aproximação dos dois sistemas. 4 *Common* e *civil law*. Fontes do Direito e nova fonte. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro causou larga polêmica entre os operadores do direito. Antes mesmo de sua previsão constitucional, ferrenhos debates se instauraram acerca dos possíveis benefícios ou malefícios que adviriam com a sua instituição.

Não obstante a agitação que a notícia a seu respeito causava, veio a lume o instituto em questão, primeiramente com previsão no texto constitucional e, posteriormente, regulamentado pela respectiva lei ordinária. E, para surpresa de todos, a adoção prática do referido mecanismo não se deu de forma tão traumática quanto por vezes se anunciava, uma vez que veio a coroar um processo de grandes e intensas transformações ocorridas no sistema de controle da constitucionalidade brasileiro. E, até mesmo, importou na correção de certos pontos críticos que tornavam falhos e enfraquecidos alguns segmentos do sistema até então em voga.

Por outro lado, os verdadeiros reflexos do avanço que representa a adoção da súmula vinculante ainda não são de todo conhecidos. Na medida em que se estudam os atributos e as repercussões das referidas súmulas em todo o sistema, percebe-se que as modificações não se limitam à seara do controle de constitucionalidade das leis, mas abrangem a universalidade do ordenamento.

No presente estudo, pretende-se demonstrar como a evolução dos sistemas jurídicos tem implicado em superação de conceitos estanques, em abandono de purismos, e culminado com o surgimento de novas

práticas e institutos. Para tanto, necessária análise das origens, do histórico e da evolução de cada uma das searas em que se verificam os reflexos mais intensos de tais transformações. Após, impõe-se o estudo do alcance e das repercussões destas modificações. Por fim, deve-se buscar compreender as causas e o verdadeiro sentido do novo quadro jurídico que se apresenta depois de mais de uma década de intensas movimentações.

1 O surgimento da súmula vinculante no constitucionalismo brasileiro

A partir da edição da Emenda Constitucional – EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a Constituição Federal – CF, acrescida do art. 103-A, passou a prever a possibilidade de edição, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, das súmulas vinculantes. Referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, mas somente no ano de 2007 houve a edição da primeira súmula vinculante pelo STF, publicada na data de 06.06.2007.

Adotando o conceito de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem a súmula vinculante “É a potencialização da eficácia das súmulas do STF, as quais, até a EC 45/2004 (CF, art. 103-A e parágrafos), tinham força tão só **persuasiva** perante os órgãos jurisdicionais brasileiros”,⁽¹⁾ percebe-se que, na verdade, o que de novo se instaurou no sistema constitucional pátrio a partir da referida Emenda foram os atributos passíveis de agregação a determinados tipos de decisões proferidas em controle de constitucionalidade, pelo órgão precipuamente responsável por tal atividade.

Essa percepção é facilmente extraída, também, do texto do já mencionado art. 103-A da CF, que prevê a possibilidade de edição de súmula vinculante “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, objetivando dirimir graves inseguranças jurídicas acerca da validade, interpretação e eficácia de normas, sendo que, a partir de sua publicação, “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública”, admitindo, ainda, em seu parágrafo terceiro, o cabimento de Reclamação ao órgão editor, contra o ato administrativo ou judicial que não lhe der observância. Como se vê, portanto, trata-se da admissão de novos efeitos a uma espécie de ato derivado da atividade de controle de constitucionalidade inerente ao STF, até então já praticada, que é a edição de súmulas a respeito de seus julgamentos reiterados.

Ainda segundo Mancuso, “O efeito vinculativo potencializará a eficácia das súmulas do STF que (...) forem confirmadas como tal – art. 8º da EC 45/2004 –, ficando as demais, por exclusão, como **persuasivas** ou **não vinculantes**”.⁽²⁾ Percebe-se que a possibilidade de agregação do novel efeito vinculante aos verbetes de consolidação jurisprudencial da corte constitucional passará por um juízo de adequação da matéria àquelas hipóteses previstas no texto constitucional e, além disso, segundo o que autoriza o art. 4º da Lei nº 11.417/2006, por outro juízo de modulação desse efeito. Assim, a partir da deliberação pela mesma composição exigida para o juízo de atribuição de efeitos vinculantes à súmula, o STF poderá deliberar por “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. 4º, Lei nº 11.417/2006).

No entanto, a adoção da súmula vinculante pelo constitucionalismo brasileiro, a despeito de se constituir, *a priori*, na aquisição de uma nova ferramenta para as tarefas de controle de constitucionalidade, importou, em verdade, em mais uma manifestação da convergência entre os dois sistemas clássicos de realização deste controle e, ainda, da aproximação entre os dois regimes clássicos de ordenamento jurídico analisados a partir de suas fontes. Trata-se, como se verá a seguir, de um claro sintoma do fenômeno da interpenetração dos sistemas norte-americano e austríaco de controle da constitucionalidade e da marcha atualmente confluyente da *civil law* e da *common law*.

2 A súmula vinculante na evolução do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro

O controle de constitucionalidade brasileiro teve sua primeira previsão na Constituição de 1891, onde se instituiu a possibilidade de o Judiciário declarar a invalidade de uma norma que se mostrasse em conflito com a Constituição. Esse controle da constitucionalidade das normas se operava somente por meio de exceção, atuando o Supremo Tribunal Federal como última instância judicial de revisão das decisões proferidas por magistrados e Tribunais. Tratava-se, portanto, de controle difuso da constitucionalidade, formatação essa que se deveu à grande influência do Direito norte-americano sobre o constitucionalismo pátrio, trazida por Rui Barbosa, e que permaneceu nas constituições supervenientes, até a atual.

Conforme ensina José Afonso da Silva, "As constituições posteriores à de 1891, contudo, foram introduzindo novos elementos, de sorte que, aos poucos, o sistema se afastara do puro critério difuso com a adoção de aspectos do **método concentrado**, sem, no entanto, aproximar-se do europeu."**(3)**

Neste ponto, é importante tecer algumas considerações acerca dos sistemas clássicos de controle de constitucionalidade, de modo que se possibilite bem demonstrar as modificações e evolução do nosso sistema, notadamente na última década.

A doutrina constitucionalista aponta dois grandes sistemas clássicos de controle da constitucionalidade, a partir dos quais se estabeleceram as premissas que servem de norte a todos os ordenamentos jurídicos que o contemplam: os sistemas norte-americano (ou americano) e austríaco (ou europeu), cada um com características peculiares e bastante distintas, conforme avante se abordará.

O sistema americano é eminentemente difuso, ou seja: o controle de constitucionalidade de qualquer ato normativo se opera de forma incidental, por meio da análise do caso concreto. Esse sistema, que não encontra previsão expressa na constituição norte-americana, teve sua primeira aplicação no caso paradigma conhecido como *Marbury vs. Madison*.

No referido *leading case*, o Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos John Marshall, em 1801, embora reconhecendo implicitamente o direito postulado pelo autor da ação, declarou a Suprema Corte incompetente para conhecer do caso, sob o fundamento de que a norma que lhe conferia tal atribuição não poderia ser aplicada, pelo fato de ter aumentado a competência originariamente prevista na Constituição. ("*The rule must be discharged*" = A regra deve ser declarada nula). Essa sistemática passou a ser conhecida, então, como "Doutrina Marshall".

A Doutrina de Marshall imbuíu, nas decisões proferidas em controle de constitucionalidade pela Corte norte-americana, uma eficácia meramente declaratória da nulidade da norma inconstitucional. Essa eficácia tão só declaratória decorre da presunção de nulidade absoluta que se lança sobre o ato que conflita com a norma fundamental. Entende-se, portanto, que o ato normativo é nulo *ab initio*, de forma que a decisão proferida pela Corte apenas declara uma situação preexistente.

A eficácia meramente declaratória da decisão de inconstitucionalidade no sistema norte-americano, derivada da Doutrina Marshall, pode ser vista como o seu segundo grande marco identificador e diferencial que, ao lado da predominância do controle difuso (a concreto) sobre o concentrado (a abstrato), o distinguem do sistema europeu.

Por outro lado, o sistema europeu, ou austríaco, tem no controle concentrado de constitucionalidade o seu grande e mais evidente traço distintivo. Nas palavras de Vânia Hack de Almeida, "Nesse sistema, a declaração de inconstitucionalidade é missão de um único órgão, uma

espécie de legislador negativo, com atribuições de expurgar do ordenamento jurídico as normas desconformes com a Constituição.”(4)

Da mesma forma, o sistema austríaco tem, além desta característica, outra forte marca distintiva, que é a eficácia da decisão de inconstitucionalidade. Derivado da teoria de Hans Kelsen (da Norma Fundamental), este sistema compreende a norma contrária à Constituição como anulável, e não nula *ipso jure*. Para o modelo austríaco, a norma que foi editada teve existência e foi eficaz, até o momento em que se decidiu pela sua incompatibilidade para com a norma fundamental. Logo, a eficácia desta decisão é constitutivo-negativa, e não meramente declaratória. Tem, portanto, efeitos *ex nunc*.

A compreensão da validade da norma até o momento da declaração de sua inconstitucionalidade parte do princípio de que toda a norma nasce com presunção de validade, uma vez que, instituída dentro de um sistema de estrutura normativa, tem a constituição como seu suporte de validade. Logo, tendo nascido com presunção de validade e encontrando na própria constituição o fundamento para essa presunção, a ninguém é dado descumprir a norma que até então é plenamente eficaz. Fica, portanto, impossível visualizar, nessa concepção, uma eficácia meramente declaratória da decisão que declara a invalidez da norma, já que não se pode negar a existência das relações jurídicas que se perpetuaram sob sua égide.

Os dois sistemas passaram, com o tempo, a convergir para uma aproximação. Primeiramente, o sistema americano deparou-se com a problemática da declaração de nulidade absoluta de normas que serviram de base para condenações criminais, o que possibilitaria o questionamento de todas as condenações derivadas destas normas. Com isso, se passou a cogitar do reconhecimento dos efeitos da norma declarada inconstitucional no sistema americano, que atualmente tem aplicação remansosa naquela corte.

Os sistemas de origem europeia, por sua vez, passaram a admitir e agregar, paulatinamente, a forma de controle difuso da constitucionalidade, uma vez que a exclusividade do controle pela Corte Suprema impossibilitava que as pessoas defendessem, em seus juízos de origem e perante o caso concreto, seus direitos violados por atos inconstitucionais. E, dessa forma, novos danos à Constituição se sucediam, uma vez que, em cada uma dessas violações, resultava novamente descumprido texto maior.

Como se pode perceber, ambos os sistemas passaram a perceber a necessidade de agregar as características e alguns aspectos do outro, como forma de otimizar a sua função e atender, de forma mais equânime, aos princípios e valores fundamentais que se conflitam nessa atividade.

No Brasil, particularmente, o sistema de controle difuso da constitucionalidade, importado do modelo norte-americano, desde a sua instauração se revelou enfraquecido em comparação com aquele, pela falta do *stare decisis* (efeito vinculante que, somente com a recentíssima superveniência da ora em estudo súmula vinculante, agregou-se às decisões da Corte Constitucional). E, não obstante, embora desde a EC nº 16/65 já se tenha admitido o controle de constitucionalidade concentrado, a herança do direito norte-americano permaneceu irradiando seus efeitos de forma absoluta, relativamente à questão da (im)possibilidade de modulação de efeitos dessa decisão de inconstitucionalidade.

O dogma da nulidade absoluta da norma contrária à Constituição se instaurou com muita profundidade em nosso sistema. Bem ilustra a concepção pela qual seria impossível qualquer outra eficácia que não a meramente declaratória, nas decisões acerca da constitucionalidade, o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Brossard, na ADIn 2, que é citado por Teori Albino Zavascki, no qual afirma que a Corte, ao decidir a constitucionalidade,

“verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.”(5)

E essa visão se justifica e encontra fundamento, justamente, nos princípios da supremacia e da rigidez constitucional.

Segundo esta premissa, há que se reconhecer que, tendo a Constituição *status* de lei maior e hierarquia superior a todos os demais atos normativos produzidos pelo Estado, ao se admitir que qualquer destes, dispendo de forma diversa daquela, possam ter algum grau de validade, importaria em se negar a própria supremacia da Constituição. Se qualquer ato normativo que confronte com a Constituição alcançar reconhecimento de sua validade, ainda que em medida mínima, estar-se-á conferindo ao referido ato um *status* superior ao Texto Maior, uma vez que, havendo conflito, se elege a validade daquele em detrimento deste.

Da mesma forma, ao se admitir qualquer grau de validade ao ato normativo que importe em violação do texto constitucional, estar-se-ia violando o princípio da rigidez constitucional. O ato normativo que, de forma diversa à ordem constitucional disponha, tendo sua validade reconhecida, estará regulando de forma inovadora a matéria constitucional. Estará, portanto, modificando o texto constitucional, ainda que de forma transversa, ou seja, sem declarar expressamente a revogação ou alteração daquele. Contudo, havendo previsão de um processo legislativo complexo para reforma constitucional, que é o que garante a rigidez desse texto, não se pode aceitar que qualquer ato normativo que não obedeça a este processo possa vir a modificar a ordem constitucional.

Estes, portanto, os elementos e fatores que ajudaram a incutir o dogma da nulidade absoluta da norma inconstitucional no Brasil e, por consequência, a compreensão da decisão de inconstitucionalidade, como meramente declaratória. Isso tudo afastava, por óbvio, a possibilidade de admissão da modulação de efeitos dessa decisão.

Com o passar do tempo, o surgimento de grandes juristas nacionais com formação acadêmica nas escolas europeias, provocou uma abertura nesse espectro. Influenciados pela doutrina kelseniana, esses ilustres operadores jurídicos se empenharam em demonstrar a necessidade de se relativizar o axioma da nulidade absoluta da norma inconstitucional. Seu entendimento tem como âncora a Teoria da Norma Fundamental, desenvolvida por Hans Kelsen.

Nosso sistema normativo se assenta em uma estrutura piramidal, a exemplo do que ensinado pelo ilustre doutrinador austríaco. Constitui-se em ordenamento que contempla de forma inegável a ideia de norma fundamental, traduzida no fato de que a Constituição Federal, como “norma-raiz”, serve de base, fundamento e origem de todos os demais atos normativos do Estado. Assim, toda e qualquer norma existente no Estado nasce e existe tendo como lastro de validade a própria Constituição, que lhe confere esses atributos, por presunção.

Com base nisso, os juristas com formação na escola europeia passaram a defender que, se uma norma nasce com presunção de validade e constitucionalidade e tem como lastro a própria Constituição, que lhe confere poder coativo e obrigatoriedade, a consequência é que esta norma, a partir de sua edição, deverá ser obrigatoriamente cumprida por todos os indivíduos. O indivíduo que negar cumprimento à lei que está,

por presunção, constitucionalmente lastreada, estará, ainda que indiretamente, descumprindo o próprio sistema constitucional. A ninguém é dado, como se sabe, furta-se à aplicação da lei, com argumento em simples entendimento de inconstitucionalidade. A ninguém é dado, como se sabe, declarar por si mesmo a inconstitucionalidade da norma para o seu caso concreto e, por isso, deixar de cumpri-la.

A partir desse raciocínio é que se passou a defender que a norma declarada inconstitucional teve plena validade até o momento da decisão judicial que assim o diga. Com essa compreensão, fica afastada a ideia de nulidade absoluta da norma e se passa a compreender que a decisão de inconstitucionalidade tem efeito constitutivo-negativo, e não declaratório.

Essa corrente doutrinária passou a ganhar espaço em nossos tribunais, mormente a partir do momento em que alguns de seus expoentes passaram a compor a formação do Supremo Tribunal Federal, com maior ênfase na última década, momento em que, não por acaso, passaram a ocorrer as maiores transformações no âmbito do controle de constitucionalidade. Sucederam-se, então, reflexões e análises acerca dos vários estágios da norma, discernindo-se os âmbitos de existência, validade e eficácia, e a possibilidade de nulidade absoluta ou relativa.

Por fim, estabeleceu-se a necessidade de individualização da validade da norma e da validade de seus efeitos. Com essa construção, se tornou mais aceitável a ideia de modulação dos efeitos gerados pela norma inconstitucional, ainda dentre aqueles que mais radicalmente prendiam-se à doutrina da escola americana.

Contudo, estranhamente, as primeiras manifestações de aceite da possibilidade de modulação de efeitos em nosso ordenamento se deram em âmbito de controle difuso de constitucionalidade, no STF. Vê-se, portanto, que a fusão dos dois sistemas clássicos se deu com considerável força. A partir disso, o caminho esteve aberto para que a prática migrasse para o controle concentrado, e essa mesma interpenetração deu ensejo ao movimento comumente denominado pela doutrina de “objetivação do controle difuso de constitucionalidade”, cujo exemplo mais notável é, certamente, a súmula vinculante.

3 Objetivação do controle difuso – aproximação dos dois sistemas

O sistema de controle da constitucionalidade brasileiro está disposto de forma dúplice, dividindo-se em concentrado (afeto ao STF) e difuso (que pode ser exercido por qualquer juízo ou Tribunal). O controle concentrado é dito abstrato por ser realizado a partir do ato normativo em tese, sendo característica do processo nas ações especialmente previstas para tanto a ausência de partes litigantes – o que é também conhecido como controle objetivo da constitucionalidade. Já o controle difuso denomina-se concreto por tratar da questão da constitucionalidade de forma incidental à matéria principal da ação posta, seja qual for o rito (por isso, referido, ainda, como controle incidental). Contrapondo-se ao controle concentrado, o difuso (concreto, incidental) é conhecido como controle subjetivo, uma vez que, sempre embrenhado em uma ação já posta que tem outra questão como objetivo principal, se operará por meio de um processo que tenha partes.

Como decorrência da própria característica da subjetividade do controle difuso, a eficácia das decisões proferidas nesta seara se opera restritamente, atingindo tão somente as partes envolvidas na questão posta. E, no que tange ao controle concentrado, logicamente, dada a sua objetividade e, notadamente, por força da previsão constitucional, as decisões têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Com isso, percebe-se que o sistema foi inicialmente concebido de forma dúplice, igualmente, no que tange à abrangência pessoal da eficácia das decisões proferidas em cada uma de suas espécies.

Contudo, muito antes da adoção da súmula vinculante pelo nosso ordenamento, Zavascki já chamava a atenção para aquilo que denominou de “vocalização expansiva” das decisões proferidas em controle incidental de

constitucionalidade (controle difuso, subjetivo, concreto). Explicava que, embora as decisões proferidas acerca da constitucionalidade no caso concreto devessem operar efeitos somente entre as partes envolvidas no litígio, o julgador precisava fazer um juízo acerca da validade de uma norma. Por isso, a referida decisão acabava ganhando contornos diferenciados:

“É que os preceitos normativos têm, por natureza, a característica da generalidade, isto é, não se destinam a regular específicos casos concretos, mas sim estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações. Quando, portanto, se questiona a legitimidade desse preceito, ainda que no julgamento de um caso concreto, o que se faz é pôr em xeque também a sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes.

(...)

Assim, põe-se em foco, objetivamente, a questão de como harmonizar a eficácia da decisão sobre a constitucionalidade da norma no caso concreto com as imposições dos princípios constitucionais da isonomia – que é absolutamente incompatível com eventuais tratamentos diferentes em face da mesma lei quando forem idênticas as situações, e da segurança jurídica, que recomenda o grau mais elevado possível de certeza e estabilidade dos comandos normativos.”(6)

O grande jurista ressalta, ainda, a questão de ordem prática que se estabelece na hipótese, uma vez que a mesma norma seria aplicável a um número indefinido de situações, não fazendo sentido repetir, para cada uma delas, a decisão acerca da constitucionalidade já manifestada em oportunidade anterior.

Fredie Didier J. e Leonardo José Carneiro da Cunha destacam, também quanto a este momento anterior às próprias alterações que ora se aborda, que mesmo na clássica divisão entre controle difuso e concentrado, a decisão acerca da constitucionalidade nos casos concretos ocorre de forma relativamente abstrata (incidentalmente e destacada da matéria posta na lide), chamando a atenção para o fato de que a eficácia da decisão nem sempre ficará limitada entre as partes de um caso analisado, lembrando da hipótese dos incidentes de inconstitucionalidade nos Tribunais. “Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (...). É em razão disso, ainda, que fica dispensada a instauração de um novo incidente para decidir questão que já fora resolvida anteriormente pelo mesmo tribunal ou pelo STF.”(7)

Os autores seguem a análise:

“O STF, ao examinar a constitucionalidade de uma lei em recurso extraordinário, tem seguido esta linha. A decisão sobre a questão da inconstitucionalidade seria tomada em abstrato, passando a orientar o tribunal em situações semelhantes. (...)

Há diversas manifestações deste fenômeno, que é importantíssimo, na legislação e na jurisprudência brasileiras.”(8)

Citam como exemplos: a) a admissão da sistemática do sobrestamento de recursos previsto na Lei dos Juizados Especiais Federais, na fórmula da repercussão geral dos recursos extraordinários; b) a admissão da súmula vinculante em matéria constitucional, para questões decorrentes de reiteradas decisões proferidas em controle difuso; c) a dispensa do preenchimento do requisito do prequestionamento em recurso extraordinário, para dar efetividade a posicionamento do STF em julgamento anterior (AI nº 375.011 – Informativo 365); d) o STF passou a conhecer dos recursos extraordinários sob fundamentos diversos daqueles abordados no tribunal de origem, abraçando a concepção de que, tal como no controle concentrado, no controle difuso a causa de pedir é aberta; e) o art. 475, § 3º, do CPC dispensa o reexame necessário quando a sentença se baseia em precedente do STF; f) a previsão de reclamação constitucional para cassar decisão que contrariar súmula vinculante; g) no

RE 197.917/SP, o STF atribuiu eficácia *erga omnes* à decisão tomada em controle difuso; h) no RE 416.827/SC, o STF decidiu admitir a sustentação oral de *amici curiae*; i) no julgamento que considerou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 (HC nº 82959), foi aplicado o art. 27 da Lei nº 9.868/90.

Como se pode observar, a evolução do sistema tem levado a uma forte aproximação entre os métodos de controle objetivo e subjetivo. Nas palavras exatas de Vânia Hack de Almeida:

“Do relato histórico acima efetuado, demonstrando que a evolução dos sistemas de controle de constitucionalidade, hoje afastados de suas origens e perdendo o purismo e o rigor quanto aos efeitos produzidos, conclui-se que efetivamente verificou-se uma aproximação entre os dois modelos, resultante da possibilidade de manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Constata-se, ainda, que essa mutação deveu-se a exigências ligadas proximamente à segurança jurídica.”(9)

A súmula vinculante, inegavelmente, é a manifestação mais veemente desta aproximação, admitindo expressamente uma, até então inédita, eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, com possibilidade de interposição de reclamação, eficácia vinculante e viabilidade de modulação dos efeitos de tais decisões.

Contudo, além dessas grandes repercussões nos métodos de controle da constitucionalidade de que é instrumento a súmula vinculante, em razão das suas características, implicou em relevante transformação do sistema jurídico pátrio como um todo. Essa temática será abordada a seguir.

4 Common e civil law. Fontes do Direito e nova fonte

Os ordenamentos jurídicos, classicamente, são apontados como pertencentes a dois grandes sistemas: *civil law* ou *common law*. O sistema da *common law* tem origem inglesa e adota o precedente como principal fonte do direito. Se caracteriza pela inexistência ou escassez de normas codificadas, sendo as decisões judiciais tomadas com base em anteriores pronunciamentos do próprio Poder Judiciário. Já no sistema da *civil law*, de origem napoleônica e difundido na Europa continental, o direito é codificado e todas as normas são escritas. A lei é a fonte primeira do direito, sendo que o princípio da legalidade não pode ser afastado, admitindo-se, apenas, a integração da norma por meio de fontes secundárias.

Nosso ordenamento se filia ao sistema da *civil law*, estruturando-se de forma piramidal, em perfeita consonância com a teoria de Hans Kelsen, já anteriormente mencionada. O princípio da legalidade se assenta entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, no texto de seu artigo 5º. A lei é, portanto, a fonte primordial e a viga mestra para realização do direito.

Por outro lado, a Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-lei nº 4.657/42), em seu artigo 4º, prevê as formas de integração da lei, ou, segundo aponta a doutrina, enumera as fontes secundárias do direito. Reza seu texto que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Como bem se percebe, nosso ordenamento, classicamente, esteve muito afastado do sistema da *common law*, uma vez que não contempla a jurisprudência sequer como fonte secundária do direito. Sua função, dentro dessa concepção, seria a de mera fonte de consulta ou possível orientação informal para os órgãos judicantes, mas sem qualquer força cogente ou eficácia persuasiva.

Este panorama aparentemente estanque sofreu grande abalo a partir do surgimento da súmula vinculante em nosso ordenamento. Conforme esclarece Mancuso, “A súmula vinculante do STF, na medida em que se constitui um enunciado geral, abstrato, impessoal e obrigatório, participa da mesma natureza da norma legal, ficando a esta praticamente

equiparada”.(10) E, ainda segundo o mesmo autor, a súmula vinculante teria alguns efeitos ainda mais extensos que o da norma legal, atinentes à possibilidade de interpretação e à vinculação indireta do Poder Legislativo:

“O STF é o órgão de cúpula do judiciário, cabendo-lhe a ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*), e, ao emitir uma súmula vinculante, ele fixa – no espaço e no tempo – a validade, a interpretação e a eficácia de uma dada norma em matéria constitucional. Assim, um projeto legislativo, ao passar, *v.g.*, pela Comissão de Constituição e Justiça, será, também, avaliado quanto à sua conformidade – formal ou material – em face de um enunciado vinculativo do STF.

(...)

A exegese possível sobre a súmula vinculante não pode ter a mesma intensidade daquela a que se submete a norma legal, originária de fonte primária – o Legislativo (...). Já a ‘interpretação’ da súmula vinculante não pode ter o mesmo elastério aplicável à norma legal, porque, enquanto esta deriva de um projeto debatido em plenário, restando assim impregnada do ambiente dialético, a súmula vinculante representa o extrato de reiterados julgamentos do STF sobre uma dada matéria, exaustivamente debatida, até se alcançar um consenso, exposto no enunciado vinculativo.”(11)

O que se percebe a partir dessas reflexões é que a súmula vinculante aporta no sistema não apenas como nova fonte do direito em patamar de igualdade com a norma legal. Ela vai além, uma vez que determina parâmetros para a edição das próprias leis e praticamente não possibilita interpretação, ao contrário daquela. Mancuso chega a afirmar que:

“Não seria um excesso ou exagero tivesse o constituinte revisor acrescido, ao art. 5º, II, da CF (princípio da reserva legal), o apêndice ‘(...) ou de súmula vinculante do STF’. Parece-nos que a filiação jurídica do Brasil tornou-se híbrida ou eclética, a meio caminho entre a *common law* (o *binding precedent*, sistema do *stare decisis*) e a *civil law* (direitos codificados), ou seja, a fonte de direitos e obrigações entre nós deixou de ser apenas a norma, para também incluir a súmula vinculante.”(12)

Note-se que esta rota de aproximação, da mesma forma que a tendência convergente dos métodos de controle da constitucionalidade, tem sido largamente reconhecida pela doutrina, conforme o que lembra o citado professor, citando como exemplos o advento do Código de Processo Civil inglês, em 1999, e o *Uniform Commercial Code*, nos Estados Unidos (os dois países de matriz *common law*).

Conclusão

Abordadas essas premissas, o que se constata é que o ordenamento jurídico passou, especialmente na última década, por um período de profundas e intensas modificações. A partir de uma breve visita ao direito comparado, logo se conclui que referidas alterações não se restringiram apenas ao cenário nacional, mas sim decorreram de um processo de transformação verificado na maioria dos sistemas jurídicos do mundo.

Considerando as intensas transformações sociais ocorridas no mesmo período, o que de imediato se procede é a uma relação entre os dois processos. Esta relação é muito apropriada, já que o primeiro fenômeno é, inegavelmente, consequência do segundo. O direito é fruto da vida em sociedade, como bem se sabe, e a marcha paralela das suas transformações no entorno da evolução daquela é a mais veemente demonstração disso.

Os institutos clássicos do direito e dos ordenamentos jurídicos, concebidos de forma purista e estanque, o foram dentro de uma realidade social absolutamente diversa da presente. Os níveis populacionais e o grau das relações sociais se agigantaram desde as suas origens, em escalas exponenciais. Além disso, os níveis de comunicação que se oferecem à

sociedade sequer podem ser de alguma forma comparados àqueles existentes por ocasião da origem dos institutos jurídicos aqui abordados.

Como é evidente, um maior número de pessoas convivendo na mesma sociedade ocasiona um aumento proporcional do número de litígios eventualmente ocorrentes. Além disso, a evolução humana acarreta um nível cada vez mais complexo das relações entre os indivíduos que, por sua vez, dá origem a demandas judiciais paulatinamente mais densas e amplas. Aliado a isso, o avanço indescritível dos meios de comunicação propicia que, de uma forma imensurável, as relações sociais se instaurem entre um número cada vez maior de sujeitos e, por consequência, expande o número de querelas, de pessoas envolvidas nas mesmas e da sua complexidade.

Os institutos jurídicos não poderiam permanecer estanques frente a essas tão significativas alterações, sob pena de se mostrarem inócuos e deixar a sociedade ao desamparo. Como os mecanismos de evolução social são bem mais ágeis e instantâneos do que os processos de evolução do sistema jurídico, o que se pôde assistir nos últimos tempos foi um estado de colapso deste sistema em vários de seus setores, em alguns efetivo e, em outros, anunciado. A pouca flexibilidade dos institutos tradicionais fez com que o considerável aumento da demanda pelo judiciário logo alcançasse a sua capacidade máxima de expansão, o que desencadeou a busca por alternativas.

A adoção da súmula vinculante, do instituto da repercussão geral de recursos e da possibilidade de modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade são apenas algumas manifestações do aqui anunciado processo de evolução do direito. Tratam-se, em verdade, de algumas das medidas de reação do sistema jurídico, em determinado segmento de seu universo, a saber, o processo constitucional.

Para fazer frente às demandas de uma sociedade em constante, intensa e acelerada mutação, o direito custou, mas teve de abrir mão de purismos e estagnações conceituais, de forma que se apresenta, atualmente, uma intensa e abrangente miscigenação entre as mais diversas estruturas, admitindo-se novas fontes do direito e novos papéis aos poderes do Estado. O judiciário brasileiro, em especial, ainda está dando os primeiros passos nessa nova atribuição que lhe compete (agora falando-se especificamente da súmula vinculante), de emissor de nova fonte do direito, tão estranha a um país absolutamente cingido aos princípios da *civil law*. E, neste estágio, parece ainda não ter percebido, ou aceitado, as dimensões da eficácia desta nova fonte, e sua contundente repercussão em todo o sistema jurídico.

Enfim, os primeiros passos estão sendo dados e, ao que tudo indica, na direção certa para a solução do processo de colapso em que o sistema se viu alocado. Abrir mão de conceitos estanques e admitir a superação de purismos injustificados, com a busca pelos melhores resultados de cada uma das experiências jurídicas já experimentadas, parece ser o mais indicado caminho para a ordem judiciária. E a súmula vinculante, ao que tudo indica, depois dos naturais processos de aperfeiçoamento e ajustes que seguirão a este precoce momento de inauguração do instituto, se mostrará de grande valia para a realização dos verdadeiros desígnios do sistema jurídico.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Vânia Hack. A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SCHÄFER, Jairo Gilberto (Org.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. Quando o STF opta pela eficácia prospectiva das decisões de inconstitucionalidade? **Revista CEJ**, Brasília, a. XII, n. 43, p. 4-11, out./dez. 2008.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. 3 v.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Reclamação constitucional. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O precedente como fonte de Direito**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Processual Civil: módulo 7).

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 1. v.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Notas

1. MANCUSO (2008, p. 7).
2. MANCUSO (2008, p. 11).
3. SILVA (2002, p. 50).
4. ALMEIDA (2008, p. 562).
5. ZAVASCKI (2001, p. 48-49).
6. ZAVASCKI (2001, p. 26).
7. DIDIER JR. E CUNHA (2009, p. 344).
8. DIDIER JR. E CUNHA (2009, p. 344-345).
9. ALMEIDA (2008, p. 565).
10. MANCUSO (2008, p. 11).
11. MANCUSO (2008, p. fls. 08 e 11-12).
12. MANCUSO (2008, p. 14).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

TEDESCO, Aline Lazzaron. *Súmula vinculante – controle de constitucionalidade, aproximação entre civil law e common law e surgimento de nova fonte imediata do Direito*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao038/aline_tedesco.html > Acesso em: 03 dez. 2010.