

GLAUCO SALOMÃO LEITE

**SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

MESTRADO EM DIREITO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

SÃO PAULO – 2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

GLAUCO SALOMÃO LEITE

**SÚMULA VINCULANTE E JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sub-área Direito Constitucional, sob orientação do Professor Doutor André Ramos Tavares.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO – 2007**

BANCA EXAMINADORA

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Adilson e Geovania, exemplos de humildade, perseverança e sabedoria singulares.

Aos meus irmãos, Geilson, Glauber, George e “Cida”, que sempre me desejaram sinceros votos de sucesso.

À Ana, pela espera e por jamais me deixar fraquejar.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor André Ramos Tavares, pelas lições percucientes que pude colher na qualidade de aluno, pela orientação e pelos cuidados dispensados ao aprimoramento desta pesquisa.

A todos os demais professores do Curso de Mestrado da PUC-SP, que me ofertaram através de suas aulas o exemplo da seriedade científica e do conhecimento invulgar: Celso Fernandes Campilongo, Elizabeth Carraza, Marcelo Figueiredo, Marcio Pugliese, Maria Garcia e Paulo de Barros Carvalho.

Aos amigos Adriano Chiari, Carine Valeriano, Ednara Avelar, Frederico Seabra, Gabriel Lyra, Kaliny Abdala, Rafaela Porto, Ricardo Varejão e Rodrigo Marinho, com os quais sempre pude contar.

À Maria Betânia, que despertou a minha curiosidade pelo direito constitucional nos idos da graduação na Universidade Católica de Pernambuco e que continua a incentivar-me até os dias de hoje.

Indubitavelmente, todos eles contribuíram, direta ou indiretamente, para o aperfeiçoamento das linhas que se seguem.

Por fim, ficam os meus agradecimentos ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), pela bolsa que me foi concedida, imprescindível para a conclusão do curso.

RESUMO

O trabalho objetiva pesquisar o polêmico instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. Para o enfrentamento das múltiplas questões que existem a seu respeito, parte da premissa de que ele se insere no modelo de jurisdição constitucional existente no país, contribuindo para o incremento dos princípios da igualdade e da segurança jurídica na aplicação do direito. Esse pressuposto é fundamental para compreender as razões pelas quais refuta os argumentos que pretendem caracterizar a súmula vinculante como fruto de atividade legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal, o que configuraria uma violação à separação dos poderes. Igualmente, contesta a idéia de que a súmula vinculante é ofensiva à garantia do livre convencimento do juiz, sempre levando em conta o papel do Supremo Tribunal Federal como órgão superior na interpretação da Constituição. A partir daí, adentra o regime jurídico que disciplina os processos de criação, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes. Além disso, perscruta as conseqüências advindas do efeito vinculante de tais súmulas. Por fim, efetua uma comparação recorrente entre as súmulas vinculantes e outros institutos do direito estrangeiro.

Palavras-Chave: Súmula vinculante – Supremo Tribunal Federal – Jurisdição constitucional

ABSTRACT

This work aims at researching the polemic institute of binding decision in Brazilian law. In order to face the multiple questions which exist about this subject, it starts from the idea that it is inserted in the constitutional adjudication model existent in the country, contributing to the increase in the equality principle as well as the juridical safety in the application of law. This presumption is essential to comprehend the reasons why the arguments which intend to characterise the binding decision as a result of legislative activity by Federal Supreme Court are refuted, which would represent a violation to the separation of powers. Similarly, it contests the idea that the binding decision is offensive to the judicial discretion, always taking into account the duty of the Federal Supreme Court as a superior organ in the interpretation of the Constitution. From this, it analyses the legal regime which disciplines the creation, revision and cancellation processes of the binding decisions. Furthermore, it searches the consequences derived from the binding effects of such decisions. Lastly, it makes a reoccurring comparison between the binding decisions and other institutes of the foreign law.

Key Words: Binding decision – Federal Supreme Court – Constitutional adjudication

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 CONSTITUIÇÃO, LEGALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO PARA O ESTUDO DAS SÚMULAS VINCULANTES	14
1.1 Considerações iniciais sobre as súmulas vinculantes	14
1.2 Entre a supremacia da Constituição e a supremacia do Poder Legislativo: os diferentes resultados do constitucionalismo clássico	20
1.2.1 O resultado americano	20
1.2.2 O resultado europeu	26
1.3 Reflexos do Estado de Direito Legalista.....	34
1.4 A derrocada do Estado de Direito Legalista e a expansão da jurisdição constitucional	40
1.5 A produção normativa pela jurisdição constitucional: revisitando os postulados do Estado de Direito Legalista.....	47
1.6 Síntese.....	57
2 A FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO BRASIL: DA PERSUASÃO À VINCULATIVIDADE	58
2.1 A proposta do Ministro Victor Nunes Leal: a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal	58
2.2 Reconhecimento legal do direito jurisprudencial e a chegada à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal	62
2.3 Síntese.....	68
3 O ENQUADRAMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	69
3.1 O conceito de jurisdição constitucional e a importância do efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal	69
3.2 Súmula vinculante como elo de aproximação entre a jurisdição constitucional difuso-concreta e a abstrato-concentrada.....	76
3.3 Âmbito de atuação das súmulas vinculantes: “validade, eficácia e interpretação de normas determinadas”.....	79

3.4 A súmula vinculante e a jurisdição constitucional difuso-concreta.....	86
3.5 Declaração de inconstitucionalidade através de súmula vinculante: reflexos sobre a norma inválida	91
3.6 Extensão da eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso e súmula vinculante: limites à mutação constitucional.....	93
3.7 Síntese.....	97
4 SÚMULA VINCULANTE E A DISCUSSÃO EM TORNO DE SUA NATUREZA LEGISLATIVA OU JURISDICIONAL	99
4.1 Súmula vinculante e sua natureza legislativa	99
4.2 Súmula vinculante: da norma ao texto.....	104
4.3 Súmula vinculante, legalidade e livre convencimento do juiz.....	108
4.4 Súmula vinculante e a caracterização do Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo”	113
4.5 Súmula vinculante e seu <i>status</i> constitucional.....	119
4.6 Síntese.....	123
5 SÚMULAS VINCULANTES, OS ASSENTOS DO DIREITO PORTUGUÊS E A DOUTRINA DO <i>STARE DECISIS</i> : OS LIMITES DE UMA COMPARAÇÃO.....	125
5.1 Considerações iniciais.....	125
5.2 Os assentos do direito português e as súmulas vinculantes	126
5.2.1 Sobre o instituto dos assentos	126
5.2.2 Semelhanças entre os assentos portugueses e as súmulas vinculantes	128
5.2.3 Diferenças entre os assentos portugueses e as súmulas vinculantes.....	129
5.3 Súmulas vinculantes e a doutrina do <i>stare decisis</i>	132
5.3.1 A doutrina do <i>stare decisis</i> no <i>common law</i>	132
5.3.2 Aproximação entre o <i>common law</i> e o <i>civil law</i>	134
5.3.3 Súmula vinculante, jurisdição constitucional e <i>stare decisis</i>	136
6 REGIME JURÍDICO DA CRIAÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES	138
6.1 A criação, revisão e cancelamento de súmula vinculante como processos objetivos..	138
6.2 Requisitos para a criação de súmula vinculante	140
6.2.1 Existência de reiteradas decisões em um mesmo sentido.....	140

6.2.2 Necessidade de controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e repetição de processos	143
6.2.3 <i>Quorum</i>	145
6.2.4 Legitimidade ativa	145
6.2.5 A conversão de súmulas anteriores à Emenda Constitucional n. 45 em súmulas vinculantes	149
6.3 Requisitos para a revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes.....	151
6.3.1 Legitimidade ativa	151
6.3.2 <i>Quorum</i>	153
6.3.3 A questão das reiteradas decisões para rever ou cancelar súmula vinculante	154
6.3.4 A relevância da possibilidade de revisão e cancelamento de súmula vinculante	155
6.4 Manifestação de terceiros	157
6.5 Publicidade da súmula vinculante.....	159
6.6 Suspensão de processos	159
6.7 Participação do Procurador-Geral da República.....	160
7 O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	162
7.1 O efeito vinculante no direito brasileiro	162
7.2 O efeito vinculante das súmulas	170
7.2.1 Objeto da vinculação	170
7.2.2 Efeito vinculante sem eficácia <i>erga omnes</i> ?.....	172
7.3 Limites subjetivos do efeito vinculante das súmulas.....	173
7.3.1 O Poder Judiciário e o problema da autovinculação do Supremo Tribunal Federal	173
7.3.2 O Poder Legislativo e a prejudicialidade das súmulas vinculantes por inovação legislativa.....	175
7.3.3 Administração pública	181
7.4 Possibilidade de modulação dos efeitos da súmula	182
7.5 Conseqüências jurídicas pelo descumprimento das súmulas vinculantes	187
7.5.1 O cabimento de reclamação constitucional em casos de descumprimento de súmula vinculante	188
7.5.1.1 Reclamação constitucional como alternativa processual.....	190
7.5.1.2 Abrangência do “descumprimento” da súmula vinculante.....	191
7.5.1.3 A relevância da distinção entre ato administrativo e ato da Administração para fins de cabimento de reclamação constitucional.....	193

7.5.1.4	Decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação constitucional.....	194
7.5.1.5	Legitimidade ativa na reclamação constitucional.....	197
7.5.1.6	Necessidade de esgotamento da via administrativa e reclamação constitucional .	199
7.6	Responsabilização pessoal pelo descumprimento de súmula vinculante	201
7.6.1	Responsabilização do juiz.....	201
7.6.2	Responsabilização do agente administrativo	204
8	CONCLUSÃO	206
	REFERÊNCIAS.....	208
	APÊNDICE.....	222

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a súmula vinculante, mecanismo introduzido no direito brasileiro através da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal impõe seu entendimento dominante sobre certa questão de índole constitucional aos demais órgãos do Poder Judiciário e aos da Administração pública, em todos os níveis da Federação. Trata-se de uma inovação revestida de polêmica no cenário jurídico pátrio, o que já justificaria o propósito de examiná-la com afinco.

É curioso observar que o efeito vinculante já existe no direito brasileiro desde 1993, quando foi atribuído às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações declaratórias de constitucionalidade, tendo sido, desde então, expandido para todo o controle concentrado de constitucionalidade. Apesar dessa constatação, verifica-se considerável resistência da doutrina brasileira em reconhecer a legitimidade do mesmo efeito quando referido às súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Por essa razão, entende-se desapropriado o estudo isolado da súmula vinculante, como se tal vinculação representasse inusitada obra do poder reformador, sem precedentes no nosso direito, optando-se, portanto, por analisá-la no contexto maior da jurisdição constitucional brasileira.

Desse modo, dividiu-se o trabalho em sete capítulos. No primeiro, será analisado o impacto que a passagem do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional exerce sobre a função jurisdicional, o que conduz a uma revisão de dogmas de viés legalista. Uma vez que as súmulas vinculantes constituem expressão de poder normativo do Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal constitucional, elas devem ser observadas a partir do papel que essa corte assume no atual modelo de Estado Constitucional, desprendendo-se, com isso, de alguns pressupostos do Estado Legalitário. Tal contextualização é imprescindível para assentar a legitimidade das súmulas vinculantes no direito brasileiro.

No segundo capítulo, faz-se uma reconstrução histórica, destacando, inicialmente, a primeira proposta de súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ainda desprovida de força obrigatória, perpassando pelo paulatino reconhecimento da

utilidade do chamado *direito jurisprudencial* na solução de casos concretos análogos, até a introdução da súmula vinculante no direito brasileiro.

No terceiro capítulo, enquadra-se mais diretamente a súmula vinculante no sistema de jurisdição constitucional adotado no Brasil, perquirindo o seu âmbito material de atuação. Com isso, poder-se-á perceber que ela vem a contribuir para um maior entrosamento dos modelos de jurisdição constitucional praticados aqui.

A partir daí, já é possível enfrentar delicadas questões em torno da natureza (jurisdicional ou legislativa) da súmula vinculante. Essa discussão está na base de uma série de outras problemáticas, envolvendo especialmente uma suposta violação ao princípio da separação dos poderes e à garantia da liberdade de convencimento do magistrado, a caracterização do Supremo Tribunal Federal como legislador *positivo* e a configuração da súmula vinculante como norma constitucional. É o que será investigado no quarto capítulo.

No quinto capítulo, ingressa-se na querela doutrinária que envolve a comparação da súmula vinculante com os institutos do *stare decisis* do direito norte-americano e os assentos do direito português, indagando até que ponto tal cotejo pode ser realizado, especialmente quando sua finalidade é apontar a ilegitimidade da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico.

No sexto capítulo, uma vez delineada a natureza da súmula vinculante, será estudado detalhadamente o seu regime jurídico, tal como regulado pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pela Lei n. 11.417/2006.

Optou-se, por fim, em criar capítulo específico sobre o efeito vinculante das súmulas, investigando suas principais conseqüências jurídicas. Cuida-se do capítulo sétimo.

Em anexo, consta o teor das primeiras súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Eis, portanto, o perfil da presente pesquisa.

1 CONSTITUIÇÃO, LEGALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA NECESSÁRIA CONTEXTUALIZAÇÃO PARA O ESTUDO DAS SÚMULAS VINCULANTES

1.1 Considerações iniciais sobre as súmulas vinculantes

São inúmeros e complexos os fatores que provocaram uma queda na efetividade da prestação jurisdicional brasileira aos cidadãos, no decorrer dos anos. Apesar de não caber perquirir tais motivos, já que extrapolaria o objetivo do presente estudo, o fato é que, sob o influxo do processo de redemocratização que culminou com a Constituição de 1988, verificou-se um incremento na litigiosidade desembocada no Poder Judiciário e, em especial, no Supremo Tribunal Federal, tornando esse Poder uma importante arena de reivindicação, por parte dos indivíduos, dos direitos amplamente consagrados pela ordem jurídico-constitucional¹. Assim, ao mesmo tempo em que se percebe um aumento da demanda jurisdicional, também se evidencia a dificuldade de o Poder Judiciário responder satisfatoriamente a tais reclamos, o que tem arranhado sua credibilidade². Como uma estratégia para atenuar essa crise de funcionalidade, surgiu a propalada “Reforma do Judiciário”.

¹ De 1980 a 1989, o Supremo Tribunal Federal recebeu 163.950 (cento e sessenta e três mil novecentos e cinquenta) processos e proferiu 164.358 (cento e sessenta e quatro mil trezentos e cinquenta e oito) decisões, incluindo monocráticas e colegiadas; entre 1990 e 1999, ele recebeu 326.493 (trezentos e vinte e seis mil quatrocentos e noventa e três) processos e proferiu 311.521 (trezentas e onze mil quinhentas e vinte e uma) decisões e de 2000 a agosto de 2006, chegaram 717.750 (setecentos e dezessete mil e setecentos e cinquenta) processos, tendo proferido mais 650.813 (seiscentas e cinquenta mil oitocentas e treze) decisões. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acesso em: 25 set. 2006.

² Discutindo o projeto de emenda à Constituição que visava criar a súmula com efeito vinculante, assim se pronunciou o Ministro Sepúlveda Pertence, então presidente do Supremo Tribunal Federal, em audiência pública da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, em abril de 1997: “A Constituição de 1988 (...) apostou, mais do que qualquer outra Constituição brasileira – e creio do que qualquer outra Constituição contemporânea do mundo –, na solução jurisdicional dos conflitos, não apenas dos clássicos conflitos, dos interesses individuais desavindos ou da repressão penal, mas também abrindo amplas vias de acesso à jurisdição, dos conflitos próprios das sociedades de massa desse fascinante e intrigante fim de século que estamos a viver. (...) Mas, de tudo resulta esse descompasso entre uma demanda crescente de jurisdição, o que a sociedade reclama, à medida mesmo que se acelere o processo de redemocratização do país, e a incapacidade da máquina judiciária para dar resposta ao menos satisfatória a essa demanda crescente. Essa crise de funcionalidade leva a uma crise de credibilidade na Justiça, mais aguda, talvez, do que a crise geral nas instituições estatais de hoje.” (LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito vinculante*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 157).

Apesar de ter tramitado no Congresso Nacional por vários anos, ela apenas veio a ingressar no universo jurídico com a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004. Indubitavelmente, essa Emenda trouxe relevantes alterações na estrutura do Poder Judiciário. No quadro dessas novidades, como um dos pontos mais controvertidos e polêmicos, destaca-se a atribuição do efeito vinculante às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Após algumas iniciativas e substitutivos no Congresso Nacional³, a súmula com efeito vinculante se incorporou ao texto constitucional, nos seguintes termos:

Artigo 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.

Do texto da emenda, pode-se arrolar os seguintes requisitos cumulativos para a criação de uma súmula vinculante: a) deve haver controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública; b) essa controvérsia precisa acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; c) o Supremo Tribunal Federal deve proferir reiteradas decisões sobre matéria constitucional (o que revela a própria natureza constitucional da controvérsia em tela, pois é a seu respeito que o Supremo Tribunal Federal deverá se manifestar); d) anuência de pelo menos dois terços dos membros desse Tribunal. O âmbito material para a criação de súmulas vinculantes, que a emenda denominou “objetivo”, será a validade, a eficácia e a

³ Para uma análise das propostas legislativas acerca do modelo de súmula vinculante a ser adotado, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 324 e ss.

interpretação de normas. A controvérsia a que se refere o texto constitucional acima recairá sobre uma dessas temáticas.

Como se sabe, uma das principais metas perseguidas com a instituição das súmulas vinculantes é a redução de pleitos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Isso fica bem evidente no próprio texto da Emenda Constitucional n. 45, pois um dos requisitos para a sua criação é a existência de controvérsia atual que acarrete “multiplicação de processos sobre questão idêntica” (§ 1º do art. 103-A da CF). Portanto, nota-se um objetivo pragmático com a criação das súmulas vinculantes, qual seja, desafogar a mais elevada corte do país.

Ademais, seguindo a esteira da tradição das súmulas (não-vinculantes) no direito brasileiro, a Emenda Constitucional n. 45 também estabeleceu que a criação de uma súmula com efeito vinculante exige, dentre outros pressupostos, várias decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido. Desse modo, a súmula vinculante igualmente se afigura como a sedimentação de uma linha interpretativa que o Supremo Tribunal Federal consolidou ao construir sua jurisprudência sobre determinada questão. Em última análise, ela representa a opção jurídico-constitucional que aquele Tribunal, reiteradas vezes, considerou como a devida para uma série de situações semelhantes. Portanto, à medida que se atribui efeito vinculante às diretivas interpretativas constantes das súmulas, devendo ser aplicadas às situações vindouras, percebe-se que elas significam um relevante instrumento de padronização da interpretação jurídico-constitucional.

Pois bem, ocorre que as súmulas vinculantes sempre suscitaram forte divergência nos mais diversos segmentos jurídicos, podendo-se afirmar que sobre elas impera o dissenso⁴. As críticas que lhes são dirigidas são várias e seus pressupostos diversos, sendo

⁴ Ver, dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Poder Judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 29-32, abr./jun. 1999; MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit.; CUNHA, Sergio Sérulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 33, n. 129, p. 5-16, jan./mar. 1996; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997; SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 557-565, abr./jun. 1998; DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n. 98, p. 295-306, abr./jun. 2000; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos

que algumas delas constituem meros desdobramentos de críticas mais abrangentes e genéricas. Podem ser extraídos do âmbito doutrinário os seguintes questionamentos a respeito de tais súmulas: o serem dotadas de força vinculante, as súmulas deixariam de exercer uma função meramente persuasiva, passando a ter “força de lei”? Ao serem equiparadas às normas legais, elas não representariam uma ofensa à formação democrática da lei a partir da vontade geral representada pelo Congresso Nacional (princípio da legalidade, art. 5º, II da CF)? Por essa razão, não haveria um ataque ao princípio da separação dos poderes (art. 60, § 4º, III da CF)? Ao criar uma súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal deixaria de ser um “legislador negativo” para se transformar em um “legislador positivo”? As súmulas vinculantes poderiam trazer como conseqüência o engessamento do direito, impedindo que ele acompanhe as cambiantes transformações sociais? Por decorrência do efeito vinculante, restaria suprimida a garantia constitucional do livre convencimento do juiz, supondo que ele ficaria impedido de analisar as especificidades de cada caso concreto? Elas tolheriam a garantia do acesso à justiça dos cidadãos (art. 5º, XXXV da CF)? Elas promoveriam o “fechamento” da “sociedade dos intérpretes da Constituição”? Quais seriam as conseqüências decorrentes da não aplicação de uma súmula por juízes ou tribunais inferiores? A introdução de súmulas vinculantes representaria uma importação acrítica da doutrina do *stare decisis* do direito norte-americano, sendo, por isso, de todo incompatível com os sistemas jurídicos filiados à família romano-germânica, como é o caso do brasileiro, que tradicionalmente atribui à lei criada pelo órgão legislativo a centralidade no esquema das fontes do direito? Por fim, as súmulas vinculantes seriam a versão brasileira do instituto dos assentos do direito português?

Em resumo, são essas algumas das principais preocupações que afligem aqueles que se debruçam no exame das súmulas vinculantes.

Certamente que essas críticas são sérias e merecem uma análise cuidadosa. Há, contudo, algumas nuances na produção normativa manifestada nas súmulas vinculantes

Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 37, n. 148, p. 141-165, out./dez. 2000; CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001; MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, n. 87, p. 103-109, jul./set. 1997; STRECK, Lenio Luís. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

que as destacam de outras formas de criação judicial, tornando-as um caso particular. Diz-se *particular* porque, uma vez que elas têm por conteúdo exclusivamente *matéria constitucional* (art. 103-A, *caput* da CF), não se trata da consolidação de uma jurisprudência qualquer, mas sim de jurisprudência *constitucional* desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão máximo, embora não único, na defesa da Constituição brasileira. Esse dado, por vezes esquecido, provoca importantes repercussões sobre a legitimidade e autoridade das súmulas vinculantes no sistema jurídico, apartando-as, inclusive, das outras súmulas criadas pelos demais tribunais do país.

De fato, as súmulas vinculantes representam uma síntese de decisões emanadas do exercício da jurisdição constitucional pela mais elevada instância decisória de interpretação e defesa da Constituição no Brasil. Trata-se de uma forma de produção normativa pelo Supremo Tribunal Federal impulsionada, de um lado, pela própria estrutura da Constituição brasileira e, de outro, pelo papel que desempenha esse Tribunal no âmbito da jurisdição constitucional.

Ocorre que a expansão da jurisdição constitucional nos países da Europa continental e da América Latina apenas se deu a partir da segunda metade do século XX, sendo portanto um fenômeno recente. No Brasil, em particular, é possível afirmar que foi a partir da Constituição de 1988 que se verificaram as condições necessárias para o alargamento da atuação da jurisdição constitucional, especialmente a exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se verá, esse alargamento dos espaços da jurisdição constitucional é conseqüência de uma mudança de paradigmas que se operou com a transição do modelo do Estado de Direito Legalista para o Estado Constitucional. E essa alternância de referências repercute decisivamente sobre determinadas concepções que se possa ter a respeito da importância da lei no ordenamento jurídico, do papel do Supremo Tribunal Federal no quadro da jurisdição constitucional, da interpretação jurídico-constitucional desenvolvida por essa corte, bem como do princípio da separação dos poderes. Por outras palavras, o advento do Estado Constitucional alterou profundamente as relações entre a lei, o juiz constitucional e a Constituição. Por isso, essa ampliação dos poderes da jurisdição constitucional não veio isenta de desafios teóricos.

À medida que essas questões sobrepairam a análise das súmulas vinculantes, enquanto diretrizes obrigatórias provenientes do exercício da jurisdição constitucional brasileira pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente das conclusões que se tire a seu respeito, não se deve partir de preconceitos desconexos da realidade atual do direito constitucional, assumindo como válidos hoje os papéis que as leis e as decisões judiciais representaram séculos atrás, como se elas tivessem permanecido à margem das profundas transformações estruturais que se verificaram ao longo do tempo⁵. Por isso, será necessário analisar alguns fatores que levaram ao apogeu e à crise do denominado Estado de Direito Legalista, em que a lei foi concebida como expressão por excelência do direito. Essa abordagem é indispensável para a revisão de alguns dogmas herdados do viés legalista emergente daquele modelo estatal e que merecem ser contrastados com os novos paradigmas do Estado Constitucional.

Portanto, para o tratamento das súmulas vinculantes, é imperioso contextualizar a jurisdição constitucional no Estado Constitucional contemporâneo, impondo-se observá-las não apenas como meros instrumentos de desafogo operacional do Supremo Tribunal Federal, mas como expressão concreta de aplicação judicial da Constituição pelo órgão de cúpula do país. Isso exige um olhar sobre as súmulas que, sem negar seu nobre objetivo de reduzir o número de processos no Supremo Tribunal Federal, como pretenderam seus idealizadores, não se reduza ao simples pragmatismo.

⁵ Aplicável à espécie é a pertinente observação, em tom de advertência, de Nelson Saldanha: “Um dos mal-entendidos mais correntes (na Ciência do Direito) é o de se tratar conceitos jurídicos mais essenciais como se correspondessem a entidades puramente abstratas, gerando-se certa estranheza quando a realidade concreta começa a exigir compreensão mais apropriada. (...) Deste modo, e muitas vezes, dentro de momentos os mais brilhantes da evolução do pensamento jurídico moderno, as idéias de lei, ato, relação etc. têm sido tratadas como se dotadas de realidade em sua configuração ideal própria; como se a retenção de seus contornos desse conta perfeita de suas possibilidades reais. São conceitos que parecem ter adquirido vida própria. Trabalha-se com eles como se, além do que conotam como idéias, projetassem de si também o montante de sua própria realidade. Em torno deles, formou-se um universo integral de significações, que o hábito de pensar trata como se estivesse livre de condições externas.” (*Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 13).

1.2 Entre a supremacia da Constituição e a supremacia do Poder Legislativo: os diferentes resultados do constitucionalismo clássico

Não se pretende aqui fazer uma reconstrução histórica da origem e evolução da jurisdição constitucional, muito menos do desenvolvimento da idéia de Constituição, como o tópico poderia sugerir. Considerando que o sistema jurídico brasileiro recebeu forte influência de certos conceitos provenientes da cultura jurídica da Europa continental, almeja-se apenas ressaltar os pontos fundamentais do modelo do Estado de Direito Legalista que sustentou, por longo tempo, a especial posição que a lei ocupou no ordenamento. Tal modelo exsurge das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, tendo como tronco e paradigma a Revolução Francesa, e foi responsável pela formatação dos vínculos que o legislador, a Constituição e o poder judicial iriam apresentar até o início do século XX. Partindo-se do pressuposto de que as súmulas vinculantes são tidas, muitas vezes, como um ponto de atrito entre o Poder Legislativo e o Judicial, tal abordagem se mostra pertinente. Cuida-se, em última análise, de situar problemas jurídicos em um novo contexto histórico-cultural.

1.2.1 O resultado americano

Comumente, a noção de “Constituição” no sentido moderno do termo, ou seja, enquanto lei suprema de um Estado e limitadora dos poderes políticos, está associada ao advento do constitucionalismo dito clássico, entendido como um conjunto de movimentos político-ideológicos ocorridos durante os séculos XVIII e XIX, nomeadamente as revoluções liberal-burguesas. Isso não significa dizer, contudo, que apenas na Idade Moderna se pôde fazer referência a alguma sorte de barreiras ao exercício do poder político. Por isso, assumindo a premissa de que a qualidade essencial do constitucionalismo é a limitação jurídica do governo, há quem sustente, como McIlwain, a existência de um constitucionalismo anterior às referidas revoluções, portanto anterior à Modernidade. O constitucionalismo, para o autor, é a antítese do governo arbitrário, é o contrário do governo despótico, do governo do capricho em vez do direito, razão pela qual destaca o caráter dinâmico da limitação do poder, ao asseverar que a Constituição não é

criação, mas sim processo de crescimento, não tanto como “código nacional”, mas como uma “herança nacional”.⁶

Todavia, sem negar a importância dos fatores que antecederam e possibilitaram o constitucionalismo moderno⁷, foi com os movimentos liberais que o termo “Constituição” ganhou o significado clássico, correspondente a um conjunto de preceitos que formam a “lei fundamental” da ordem jurídica, cuja função básica é limitar o poder político do Estado e proteger os direitos e garantias individuais. Daí a afirmação de Jorge Miranda de que a Constituição emerge do constitucionalismo.⁸

Percebe-se então que falar em constitucionalismo implicaria necessariamente falar em Constituição como uma lei especial, dotada de maior prestígio no ordenamento jurídico, à qual os órgãos por ela estabelecidos se subordinariam. A partir dessa noção, o estabelecimento de uma lei suprema pelo povo teria como meta principal a limitação jurídica do poder. Levando tais idéias em consideração, seria elementar que todo e qualquer ato estatal praticado em ofensa à Constituição fosse reputado inválido.

Nada obstante, é curioso observar que, embora os ideais de limitação do poder, os pressupostos filosófico-políticos de cunho liberal e a preocupação constante com a proteção de direitos individuais sejam um denominador comum nos movimentos que

⁶ “(...) o traço característico mais antigo, constante e duradouro do verdadeiro constitucionalismo continua sendo, como tem sido quase desde o começo, a limitação do governo pelo direito. ‘As limitações constitucionais’, se não a mais importante parte do nosso constitucionalismo, são, fora de dúvida, a mais antiga”. (MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 37). Em sentido semelhante, Karl Lowenstein se refere à existência de um constitucionalismo dos hebreus, dos gregos e dos romanos (*Teoría de la Constitución*. 2. ed., 3. reimpr. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1983. p. 154 e ss.).

⁷ “Só o Estado moderno condicionou o aparecimento de uma teoria constitucional propriamente dita, mas suas categorias essenciais radicam em arquétipos que provêm do mundo grego e das formas políticas que os gregos usaram e definiram.” (SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 15). Não destoia desse entendimento Santi Romano, para quem constitucionalismo “designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz ‘constitucional’. Mas não basta fazer referência à forma constitucional de governo. É preciso destacar que se cuida de um governo não absoluto, resultante de um longo movimento político e doutrinário que, nos Estados do continente europeu, amadureceu com a Revolução Francesa, mas que é de fato muito antigo” (*Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42).

⁸ “A Constituição, que porventura tenha existido antes do século XVIII, era uma simples Constituição em sentido institucional, ou seja, aquilo que dava a configuração essencial da sociedade, distinguindo cada uma das restantes”. (MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 31-32).

ocorreram nos Estados Unidos e na Europa, o fato é que a consolidação da idéia de supremacia normativa da Constituição não se deu ao mesmo tempo nos dois lados do Atlântico⁹. Em outras palavras, não houve uma correspondência cronológica nesses lugares da assimilação da Constituição como fonte originária da ordem jurídica e de todos os poderes estatais, do que decorre o caráter subalterno desses, nem como conjunto de normas diretamente invocáveis pelos juízes.

No constitucionalismo americano, desde cedo se teve uma clara percepção de que a Constituição recém-criada estava acima dos poderes estatais, incluindo o próprio Poder Legislativo, sendo ela a única responsável pela outorga de poderes e competências. Isso se deve a uma série de fatores presentes no contexto político em que se deu o constitucionalismo americano, importando destacar apenas aqueles que tocam esta dissertação.

Como se sabe, o alvo das principais contestações das colônias foi o Parlamento inglês, cuja atuação foi vista muitas vezes como opressora. Exemplo marcante desse modo de agir e que causou grande resistência por parte das colônias se verifica na imposição de tributos pelo órgão britânico. Mesmo assim, foi na própria tradição inglesa que os americanos foram buscar a justificativa para apontar a falta de legitimidade de leis tributárias criadas pelo Parlamento inglês: eles (os americanos) não contavam com representatividade política nessa casa legislativa. Assim, invocaram a conhecida doutrina do *no taxation without representation*. Como observa Fioravanti, nas deliberações na assembléia de Virgínia, em março de 1765, já se manifestava a convicção de que um ato impositivo de tributos pelo Parlamento inglês deveria ser considerado “ilegal, inconstitucional e injusto”. Segundo o autor, foi a primeira vez que o conceito de Constituição foi adotado contra o de lei em sentido plenamente normativo, com a explícita intenção de considerar essa lei inválida, não geradora de uma obrigação legítima.¹⁰

⁹ Quando se contrasta o constitucionalismo americano ao europeu, está-se conferindo maior ênfase, no Velho Mundo, ao constitucionalismo francês, não obstante reconhecermos a relevância da influência das doutrinas inglesas naqueles dois movimentos. A falta de enfoque à doutrina constitucional inglesa se deve ao fato de ter sido a experiência francesa a que serviu de referência especial para outros movimentos ocorridos na Europa ao longo do século XIX e que engendrou o advento do Estado de Direito legalista, objeto de nossas atenções no momento.

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 104.

Em razão das constantes tensões com o Parlamento inglês, inculcou-se, desde logo, nas ex-colônias, que o Poder Legislativo era o mais poderoso, já que era o principal responsável pela instituição de obrigações. Por isso mesmo, foi considerado o mais temido. Logo, ele deveria se submeter a limitações jurídicas consistentes, para não perpetrar abusos contra os direitos individuais dos cidadãos.

Ademais, a imagem da primazia do Parlamento inglês também contribuiu para a ulterior supremacia da Constituição nas antigas colônias. Com efeito, as colônias eram regidas por “Cartas” ou “Estatutos da Coroa”, impostos pela Coroa britânica e que estabeleciam regras locais de observância obrigatória para todos, mantendo, com isso, a supremacia do Parlamento inglês. Assim, as Assembléias locais podiam até criar leis específicas, mas deviam respeitar as “Leis do Reino” da Inglaterra. Desse modo, enquanto na Inglaterra a supremacia da Parlamento importava na impossibilidade de os juízes apreciarem a validade das normas criadas por ele, nas colônias inglesas tal supremacia impunha que os juízes efetuassem um controle das normas locais perante as superiores “Leis do Reino”. Com a independência das colônias, essas “Cartas” foram substituídas por “Leis Fundamentais” dos novos Estados independentes, deslocando para elas a superioridade normativa frente às leis criadas pelos órgãos legislativos locais. Por essa razão, as leis que contrariassem as novas Cartas Fundamentais eram tidas como nulas, de modo que o juiz não deveria aplicá-las.¹¹

Nesse ambiente, amadureceu a idéia de que Constituição era, de fato, uma *higher law*, uma lei superior às demais. Ela foi tida como a expressão direta do povo, razão pela qual estava acima de todos os poderes constituídos, devendo ser anuladas as leis que contrariassem os preceitos constitucionais. No artigo n. 78 dos *Federalist Papers*, Hamilton deixou claro o caráter superior da Constituição e a devida vinculação do próprio legislador:

Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria afirmar que o delegado é maior que o outorgante; que o servidor está acima do senhor; que os representantes do povo são

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 57 e ss.; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980. p. 38.

superiores ao próprio povo; que os homens que atuam em virtude de poderes a eles confiados podem fazer não só o que estes autorizam, mas o que proíbem.¹²

Isso evidencia que, no contexto do constitucionalismo americano, não houve uma sacralização da lei criada pelo Legislativo, senão que foi reconhecida a supremacia da Constituição enquanto reflexo da atuação do poder constituinte do povo soberano. A rigor, tem-se que a Constituição assume um caráter anti-majoritário ao estabelecer efetivas limitações ao Poder Legislativo. Desse modo, foi possível o florescimento do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário. Tal poder decorria não apenas da supremacia constitucional, mas também do poder geral de interpretar as leis, que era própria dos juízes. Assim, se em decorrência da atividade interpretativa, o juiz reconhecesse que uma lei era contrária à Constituição, era seu dever privilegiar esta em detrimento daquela. Mais uma vez, é transparente o raciocínio de Hamilton:

A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.¹³

É essa, em linhas gerais, a argumentação principal que mais tarde estaria presente na decisão da Suprema Corte em 1803, proferida através do voto do juiz Marshall, no caso *Marbury v. Madison*.¹⁴

Assim, mesmo considerando que o controle de constitucionalidade sequer foi previsto expressamente pela Constituição estadunidense, tal lacuna jurídica não impediu o seu desenvolvimento apoiado na primazia da Constituição, anunciada pela voz de Hamilton anos atrás. Dessa maneira, o controle jurisdicional do legislador se revelou necessário perante a supremacia da Constituição, evitando que os representantes transitórios da maioria do povo terminassem por confundir sua vontade com aquela consagrada no texto constitucional. Por isso, a declaração de inconstitucionalidade de uma

¹² MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987. p. 480.

¹³ *Ibidem*, p. 481.

¹⁴ MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 25-26.

lei pelo Judiciário não foi vista como sua supremacia em relação ao legislador, antes como mecanismo de contenção da atividade legiferante, nos casos em que ela exorbita das competências constitucionalmente estabelecidas, evitando, assim, o absolutismo parlamentar.¹⁵

É interessante notar que o próprio Hamilton se apóia na posição de Montesquieu, para asseverar que o Judiciário é o mais fraco dos três poderes, jamais podendo enfrentar com êxito o poder do Executivo e do Legislativo, e que, por isso, deveria tomar todas as precauções possíveis para defender-se dos ataques desses¹⁶. Em tese, isso se mostra incongruente, pois, como é sabido, na concepção que Montesquieu possui do Judiciário, ele é um poder “nulo”, de modo que seria inviável que ele controlasse o legislador¹⁷. E, ao revés, foi exatamente fazendo referência ao filósofo francês que Hamilton defendeu a necessidade de os juízes controlarem a constitucionalidade das leis. No entanto, nas circunstâncias do constitucionalismo americano, a propensão do Poder Legislativo de elaborar leis ofensivas principalmente aos direitos individuais e a falta de perigo do Poder Judicial tornaram esse último um vigilante permanente da atuação do primeiro, mediante o controle de constitucionalidade das leis¹⁸. Assim, assegurava-se uma relação de paridade, não hierárquica, entre esses dois poderes.

Dessa maneira, não apenas se pressupôs a possibilidade de leis inválidas, como se teve uma visão mais realista da função judicial, no que diz respeito ao seu poder inerente de interpretar as leis e a Constituição, para assegurar a primazia dessa última. Ao contrário

¹⁵ “Em definitivo, o controle de constitucionalidade é essencial e indispensável não só como instrumento de proteção dos direitos dos indivíduos e das minorias (...) em relação com os possíveis atos arbitrários dos legisladores e das maiorias políticas, senão também e sobretudo com o fim de impedir que um dos poderes, o mais forte, que sempre é o Poder Legislativo, pode aspirar a cobrir e representar todo o espaço da Constituição, identificando-se com seu fundamento primeiro, com o mesmo povo. É como se os juízes, atores e instrumentos daquele controle, recordassem continuamente aos legisladores que eles estão ali para exercer um poder muito relevante mas sempre derivado, ao haver recebido do povo soberano mediante a Constituição.” (FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 109 – nossa tradução).

¹⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John, *O federalista*, cit., p. 479.

¹⁷ “Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse, em certos casos, rigorosa demais. Mas os juízes da nação são apenas (...) a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados, que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175).

¹⁸ Nesse sentido: BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*. Madrid: Alianza, 1998. p. 159.

de ser inexpressivo, o poder judicial se mostrou um poder efetivo, não estando, portanto, subordinado às leis criadas pelo legislador.¹⁹

Pois bem, diante desse cenário, os específicos valores atribuídos à Constituição, à lei e ao poder judicial formaram as bases para se concretizar a doutrina da separação dos poderes, sob a forma dos freios e contrapesos (*checks and balances*), permitindo que os juízes exercessem a fiscalização dos atos legislativos. Logo, foi a supremacia da Constituição, e não a separação dos poderes, que determinou a relação de inferioridade da lei e o *status* limitado do legislador perante a Constituição.²⁰

Percebe-se, então, que no constitucionalismo americano, se conferiu um caráter jurídico-normativo à Constituição. Ela foi vista não como mera exortação de valores políticos desprovida de vinculatividade, mas como um plexo normativo superior capaz de fornecer critérios para se avaliar a conformidade das leis com os seus preceitos. Assim, evitou-se a idolatria da lei criada pelo Poder Legislativo e se reconheceu o poder interpretativo da função judicial que permitia anular as leis quando contrárias à Constituição.

1.2.2 O resultado europeu

Por outro lado, o resultado do constitucionalismo francês foi bem diverso. As concepções acerca do trinômio Constituição-lei-poder judicial são bem distintas na Europa, fixando-se o alicerce necessário para o advento do “império da lei”, característica fundamental do que se denomina Estado de Direito Legalista, Estado de Legalidade, Estado-legislador ou Estado Legalitário²¹. Assim como ocorreu no movimento americano,

¹⁹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo de suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 203-205.

²⁰ Nesse sentido, QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 29.

²¹ “O Estado burguês de direito se baseia no ‘império da lei’. Por isso é um Estado legalitário. (...) A noção de império da lei deve ser apreendida a partir de uma *contraposição*. Da contraposição ao ‘império dos homens’, seja um indivíduo, uma assembleia ou corporação, cuja vontade se coloca no lugar de uma norma *geral*, fixada de antemão e igual para todos.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2. reimpr. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996, p. 149-150 – nossa tradução, destaque no original).

foram os condicionamentos sócio-político-ideológicos que determinam os papéis desempenhados pela Constituição, pela lei e pelo poder judicial.

De fato, os movimentos revolucionários na França se voltaram contra o poder absoluto do monarca, tendo como objetivo primordial a derrubada do Antigo Regime. As arbitrariedades cometidas pelo governante e a manutenção de privilégios de uma classe minoritária provocaram o surgimento de uma reação coletiva capitaneada por um grupo economicamente forte (a burguesia), apoiada em premissas político-filosóficas que arranharam a legitimidade do poder absoluto. Cuidava-se da contraposição ao modelo absolutista de Estado, em que a legitimidade do poder do governante não encontrava respaldo popular. Assim, o poder era exercido por um monarca que figurava como encarnação ou representante de um ser superior, algo que remontava ao modelo de estruturação política do medievo. Por influxo do racionalismo presente no período, passou-se a questionar essa legitimidade mística do poder, exigindo-se um fundamento racional para a obediência devida à autoridade do monarca, de sorte a evitar que ela derivasse da “graça de Deus”, do carisma, da tradição ou de qualquer outra qualidade ou representação irracional.²²

Além disso, a noção de individualismo que movia as doutrinas da época consistia em conceber os indivíduos como “filhos de uma mesma carne e de um mesmo sangue”²³, promovendo uma ruptura com os critérios estamentais e hierarquizantes de concessão de direitos e participação política. Dessa maneira, visava-se à diluição do poder do monarca, substituindo-o por uma instância que representasse a vontade política da coletividade composta por indivíduos iguais. E essa instância não poderia ser outra senão o Poder Legislativo escolhido diretamente pelo povo e que passaria a representar a soberania popular. Sendo assim, a lei espelharia a vontade mesma da coletividade.

Decisivo para a importância atribuída ao Parlamento, e, conseqüentemente à lei, foi o uso que se fez do conceito de “vontade geral” de Rousseau. Para esse filósofo, na medida que lei refletia a vontade geral e simbolizava a própria soberania, tal vontade não poderia ser exercida através de representantes do povo, ou seja, cuidava-se de uma

²² LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 150; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993. p. 161.

²³ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 143.

prerrogativa a ser exercida diretamente pela coletividade, sem qualquer intermediação.

Rousseau é de fato contundente:

Não se pode representar a soberania pela mesma razão que se não pode alienar; consiste ela essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa; ou é ela mesma, ou outra, e nisso não há meio-termo; logo os deputados do povo não são, nem podem ser representantes seus (...). Não sendo a lei senão a mostra da vontade geral, é claro que no poder Legislativo não pode o povo ser representado.²⁴

No entanto, no movimento revolucionário francês, cristalizou-se a tese de que o exercício direto da vontade geral pelo povo seria inviável na prática, devendo-se confiar a um grupo de mandatários a incumbência de representá-lo na formação das leis²⁵. Esse conjunto de representantes acabou corporificando a idéia de unidade e totalidade nacionais, através do conceito de “nação” proposto por Sieyès²⁶. Ao final, o conceito de vontade geral acabou não apenas se identificando com a vontade dos representantes, mas também com a vontade majoritária deles²⁷. Conseqüentemente, a soberania do povo se deslocou para a soberania do Parlamento eleito.²⁸

Com o contributo de Kant ao pensamento de Rousseau, desenvolveu-se aquilo que seria o conceito moderno-iluminista de lei, dominante até os princípios do século XX, ou seja, a lei não era apenas expressão da vontade (*voluntas*), mas também, e principalmente, da razão humana (*ratio*). Como resultado, teve-se a consagração da lei como única forma de manifestação do poder político e a idéia de democracia associada à regra majoritária.

Entendida dessa maneira, a lei estava em sintonia com os ideais de liberdade e garantia da época. De um lado, sendo a única forma legítima de imposição de obrigações aos indivíduos, a obediência à lei significava ceder apenas diante da própria decisão majoritária, e racional, dos representantes do povo. Como aponta Ignacio de Otto, “a lei não é apenas produto da pura vontade política de quem manda, senão produto da vontade

²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 91-92, item XV do Livro III.

²⁵ É o que se verifica, por exemplo, na opinião de Emmanuel Joseph Sieyès (*A constituinte burguesa*. Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 47).

²⁶ “O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura.” (SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa*, cit., p. 4).

²⁷ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, cit., p. 251.

²⁸ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*, cit., p. 150.

racional dos indivíduos; não como filho do poder, da imposição unilateral, senão como fruto do consentimento”²⁹. Por outro lado, coibia-se o arbítrio estatal do monarca através da subordinação total do Poder Público às leis criadas anteriormente pelo Poder Legislativo, protegendo, assim, os direitos individuais. O estabelecimento prévio de competências limitadas legalmente para o poder estatal é tido como característica fundamental do Estado de Direito legalitário para Carl Schmitt. Trata-se, diz o publicista, de uma “mensurabilidade de todas as manifestações do poder do Estado”³⁰. Com isso, ao mesmo tempo que se buscava disciplinar o poder político, através da lei se procurava também salvaguardar os principais direitos reivindicados pela burguesia liberal: liberdade, segurança e propriedade³¹. Além do mais, a necessidade de que as leis veiculassem sempre normas gerais e abstratas atendia aos anseios por igualdade formal dos indivíduos perante a lei. Por tudo isso, a lei se converteu no melhor instrumento garantista à disposição dos indivíduos no Estado de Direito de legalidade.³²

Cumprе ressaltar que, diversamente do que se passava nos Estados Unidos, pairava forte desconfiança sobre os juízes franceses. Os magistrados estavam comumente associados ao Antigo Regime, em razão dos privilégios de que gozavam, tornando-se conhecidos como a *nobreza de toga*.³³ Então, quanto menor fosse o poder dos juízes, maiores seriam a proteção e a segurança dos indivíduos.

Mesmo com a teoria do “poder constituinte” de Siéyes³⁴ e com a promulgação de uma Constituição escrita, o que se verificou na França foi a supremacia do Poder Legislativo. Para ser coerente com aquela doutrina, o natural seria considerar o Legislativo como mais um poder constituído, igualando-o aos demais poderes estatais. Todavia, o constitucionalismo emergente da Revolução Francesa perseguia a idéia de um poder constituinte que não deveria se esgotar na elaboração de uma Constituição escrita, senão

²⁹ OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995. p. 132.

³⁰ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 143.

³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 2, p. 17.

³² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 51.

³³ “Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças (...).” (CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 97).

³⁴ “A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições da delegação.” (SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa*, cit., p. 49).

que deveria se perpetuar na implementação do programa político liberal-burguês. Assim, como o povo atua através de seus representantes, era o Poder Legislativo que exprimia a sua vontade geral, de sorte que esse poder não encontraria nenhum controle por parte do Judiciário. A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 acaba revelando um sentido diferenciado para o Legislativo. Ela não era uma efetiva limitação jurídica, mas sim a consagração de um conjunto de metas que encontrava no legislador o representante mais legítimo para concretizá-las através de suas leis³⁵. Portanto, embora a idéia do constitucionalismo propugne, no plano teórico, a limitação jurídico-constitucional de todos os poderes constituídos, já que a Constituição era a lei fundamental, na prática, no caso francês, o legislativo não se submetia a nenhuma outra instância que fosse capaz de exercer o necessário contrapeso. No lugar de supremacia da Constituição, deu-se a supremacia do órgão legislativo e das leis por ele elaboradas a partir de então.³⁶

Nada obstante, adverte Carl Schmitt que o conceito moderno-iluminista de lei não conduz a que todo ato criado pelo legislador seja uma lei revestida de legitimidade, pois isso significaria converter o império da lei em absolutismo dos órgãos legislativos ou, como salienta, corresponderia a que “toda a luta do Estado de Direito contra o absolutismo do Monarca haveria terminado, introduzindo-se, em lugar do absolutismo monárquico, o absolutismo de mil cabeças dos partidos políticos que em cada momento se encontrassem em maioria”³⁷. Assim, para ser legítima, a lei deveria guardar conexão com os princípios do Estado de Direito e da liberdade burguesa, devendo apresentar as seguintes propriedades: retidão, razoabilidade e justiça, que pressupõem seu caráter geral e abstrato.³⁸

Opinião semelhante também é exposta por Ignacio de Otto, quando afirma que “assegurar a supremacia da lei não significa, portanto, assegurar a supremacia da *vontade*

³⁵ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 114; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

³⁶ Nesse sentido, ver: ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 147 e ss.; CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 136, mar./abr. 2003; FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 113 e ss.; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 24 e ss.

³⁷ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 159.

³⁸ *Ibidem*, p. 150.

de um conjunto de indivíduos reunidos em assembléia, em substituição da antiga vontade absoluta do Monarca. Não se quer substituir um arbítrio pelo outro (...).³⁹

Além disso, urge observar que nas três Constituições francesas que se seguiram à Revolução, havia a previsão de limites expressos ao próprio legislador. No parágrafo 3º, título I da Carta de 1791, constava que “o Poder legislativo não poderá fazer nenhuma lei que ofenda e ponha obstáculo ao exercício dos direitos naturais e civis consignados no presente título, e garantidos pela Constituição (...)”; o artigo 4º da Carta de 1793 impunha que a lei “somente pode determinar o que é justo e útil à sociedade; ela somente poderá proibir o que é prejudicial”; e no artigo 375 da Constituição de 1795, estava dito que “nenhum dos poderes instituídos pela Constituição tem o direito de mudá-la em seu conjunto nem em nenhuma de suas partes, salvo as reformas que nela poderão ser realizadas pela via da revisão, conforme as disposições do título XIII”.

No entanto, as limitações antes enunciadas careciam de força jurídica, na medida que não gozavam de garantias jurisdicionais como mecanismos para efetivar um autêntico controle externo do Poder Legislativo. Destarte, tais limitações, não obstante solenemente declaradas, eram limitações mais de cunho moral ou político, pois inexistiam instrumentos jurídicos concretos para se assegurar o respeito do legislador à Constituição.⁴⁰

Portanto, a simples cláusula geral de proibição dirigida ao legislador não é suficiente para mantê-lo nos limites que a Constituição lhe impõe. Em suma, não basta que a Constituição outorgue garantias, tem, ademais, de ser garantida⁴¹. Como bem captado por Kelsen:

Uma Constituição em que falta a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos (...) equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória.⁴²

³⁹ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 133.

⁴⁰ Nesse sentido: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 58; BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, cit., p. 259; FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, cit., p. 117.

⁴¹ MIRANDA, Jorge, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 77.

⁴² KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 179.

Nesse contexto, verifica-se uma diferente formatação da doutrina da separação dos poderes em relação à que se originou no constitucionalismo americano. As variáveis principais para o modelo francês consistiram na necessidade de reestruturação política do poder entre Executivo e Legislativo, na concepção desse último como representante da vontade geral da coletividade, na descrença em relação ao Judiciário e, sobretudo, na ausência de caráter normativo da Constituição. Dessa situação, o Poder Legislativo passou a ocupar um lugar sobranceiro em relação aos demais poderes, que se achavam vinculados e subordinados às leis dele emanadas.

Se é certo que a doutrina da separação dos poderes tomou a feição de técnica para a proteção dos direitos ligados às liberdades individuais⁴³, não menos certo é que ela provocou uma certa desarmonia no jogo das funções estatais, ao elevar o Legislativo ao superior, afastando-o de quaisquer contrapesos. A separação dos poderes, na França, foi desenvolvida a serviço do corpo legislativo, ou seja, para garantir o império da lei e o monismo do Poder Legislativo⁴⁴. Realmente, se as leis, expressão maior da soberania, são criadas pelos representantes do povo, o Poder Legislativo não poderia admitir qualquer controle ou interferência por parte dos demais poderes. Esse quadro se refletiu no próprio texto da Constituição francesa de 1791, ao estabelecer em seu artigo 3º do capítulo V uma limitação expressa aos juízes, nos seguintes termos: “Os tribunais não podem imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, ou suspender a execução das leis, nem interferir nas funções administrativas, ou citar perante eles os administradores em razão de suas funções”. Portanto, tratava-se de uma Constituição elaborada em total favor da primazia do Poder Legislativo, imune a verdadeiros e autênticos freios e contrapesos.

É tendo essa situação em vista, em que a Constituição estava permanentemente ofuscada pelo órgão legislativo, que Acosta Sánches fala em *constitucionalismo sem Constituição*, porque, embora o poder político se encontrasse limitado por normas jurídicas positivadas, essa limitação não alcançava o legislador, o que afasta a idéia de Constituição como norma vinculante de todos os poderes constituídos:

⁴³ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 143; BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

⁴⁴ SALDANHA, Nelson, *Legalismo e ciência do direito*, cit., p. 72; PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*, cit., p. 150; TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 168.

Na realidade, o conceito específico de Constituição e o genérico de constitucionalismo expressam duas idéias-forças distintas que propugnam fatos diversos: respectivamente, a limitação concreta do legislador para proteger a vontade do povo expressa em uma Lei primeira, e a limitação geral do poder político para proteger a sociedade e o cidadão. O característico da segunda idéia-força, sobretudo até o século XX e na Europa, é que não reclama a primeira, não passa necessariamente por ela: é uma limitação do poder político que não exige a concreta e efetiva limitação jurisdicional do poder legislativo.

Se trata de um constitucionalismo, pois, que se define no paradoxo, é dizer, pela ausência de Norma suprema, ainda que em suas formas mais avançadas se expresse mediante a Constituição escrita (nunca jurisdicionalmente protegida).⁴⁵

A relevância desse cenário decorre do fato de o constitucionalismo francês ter influenciado decisivamente vários movimentos e ideologias constitucionais no restante da Europa, bem como nos países que seguiram a tradição jurídica desse continente. Somado a esse fator, o conceito de Constituição, radicado em uma base popular e que a coloca como fonte de legitimidade do poder e do direito, sofre um grande impacto na Europa, tanto em razão da restauração das monarquias através dos exércitos napoleônicos, quanto pela redução da Constituição às relações fáticas de poder, proveniente da esquerda hegeliana. Exemplo dessa concepção é a noção de Ferdinand Lassale sobre a Constituição, considerando-a como simples “folha de papel”. Esses dois ataques também contribuíram para que a Constituição não tenha assumido a virtualidade jurídica de uma lei suprema durante todo o século XIX na Europa.⁴⁶

É bastante visível o contraste do desenvolvimento da noção de supremacia da Constituição nos Estados Unidos e na Europa continental. Basta observar que enquanto a Suprema Corte americana efetuou o controle judicial de constitucionalidade das leis em 1803, afirmando a superioridade normativa do texto constitucional e o dever de defendê-lo, dever esse que é compartilhado por todos os juízes do país, em 1804 surgiu o Código Civil de Napoleão, expressão contundente do legalismo, pelo qual o juiz não poderia ir além da letra da lei. Então, se do constitucionalismo americano se afirmou a supremacia da Constituição, nos países da Europa continental, assim como naqueles que seguiram a

⁴⁵ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, cit., p. 171. Posição semelhante é assumida por Ignacio de Otto, para quem “o esforço central de toda a história do constitucionalismo europeu não tem sido, apesar do que seu nome pode sugerir, submeter os poderes do Estado a uma Constituição, senão submetê-los à lei assegurando assim a supremacia desta” (*Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 133).

⁴⁶ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 40 e ss.

tradição do constitucionalismo francês, afirmou-se, diferentemente, a supremacia do Parlamento.

Portanto, a limitação da força normativa da Constituição, a crença de que o Parlamento representava a “vontade geral” e a busca por uma maior limitação dos poderes dos juízes formaram o ambiente para a consagração do primado da lei e dos códigos e, conseqüentemente, de sua idolatria. Esse ideário se expandiu por vários países, influenciando, em maior ou menor medida, a relação entre Constituição, leis ordinárias e atividade jurisdicional.⁴⁷

1.3 Reflexos do Estado de Direito Legalista

a) **Negação do valor jurídico-normativo da Constituição:** o primeiro reflexo que merece ser destacado com o soerguimento do Estado de Direito legalitário foi a negação do caráter jurídico-normativo da Constituição. Com efeito, estando o Poder Legislativo livre de qualquer mecanismo de controle, sua primazia política conduz inexoravelmente à superioridade jurídica da lei no sistema normativo⁴⁸. Ademais, em virtude dessa carência de controle sobre o legislador, tem-se que é possível não apenas criar leis inconstitucionais, como também mantê-las no sistema normativo, uma vez que inexistem meios para expulsá-las do ordenamento. Portanto, a proeminência do Parlamento se revela incompatível com o primado de uma Constituição dotada de força normativa e que fosse capaz de servir de critério na fiscalização da legitimidade das leis. Como resultado, verifica-se a equiparação hierárquica entre lei e Constituição.⁴⁹

⁴⁷ Como aponta Jose Acosta Sánchez, “o impacto mais importante que produz na Europa o primeiro ciclo constitucional francês tem lugar na Península Ibérica, em que através de uma tripla influência francesa – contágio revolucionário, irradiação de textos e invasão napoleônica –, se inicia o movimento constitucional. A emblemática Constituição espanhola de 1812 e a primeira lusitana de 1822 nascem à imagem e semelhança da francesa de 1791, e com influência da primeira sobre a segunda. (...) Os Estados ibéricos, os nórdicos, os Países Baixos, a Bélgica, a Itália após a independência e a Alemanha após a unificação seguiram o sistema de constitucionalismo nominal, mediante codificações, leis administrativas e leis políticas, estas sob os nomes de Cartas, leis constitucionais, Estatutos, ‘Constituições’ e *Verfassung*” (*Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, cit., p. 152 e ss.).

⁴⁸ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*, cit., p. 246.

⁴⁹ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 130.

Outrossim, a concretização da Constituição fica completamente dependente da atuação do legislador. Mesmo as disposições constitucionais substanciais, como os direitos fundamentais, não possuem aplicabilidade imediata, não podendo, por isso, serem invocadas diretamente pelos cidadãos ou pelos juízes. São apenas diretivas não vinculantes ao legislador⁵⁰. Logo, a Constituição possui apenas valor meramente político ou moral, e não valor propriamente jurídico.

b) Monopólio da produção normativa no órgão legislativo: a identificação da vontade geral com o Poder Legislativo trouxe como consequência a centralização do poder político nessa instância. Configura-se, com isso, a onipotência do Legislativo, único órgão autorizado a produzir normas jurídicas que devem ser aplicadas corretamente por juízes e agentes administrativos. A consequência inevitável é a redução de todo o fenômeno jurídico às leis produzidas pelo legislador.

Por um lado, a concentração do direito no âmbito do Legislativo atende à necessidade de superar o estado anterior de dispersão e fragmentariedade, em que se encontravam os focos de criação do direito, substituindo-o pela imagem de consenso nacional traduzido nas leis e nos códigos⁵¹. Isso representa, ainda, a exclusão de outros focos de criação jurídica, como, por exemplo, o Poder Judicial. Assim, a jurisprudência não poderia ser considerada como direito, mas apenas aplicação do direito legislado⁵². Logo, no contexto do Estado de Direito Legalista, o Poder Legislativo assumiu o monopólio da produção normativa.

c) Concepção formal de lei: supondo ser a lei expressão da razão humana e que deve veicular apenas normas gerais e abstratas, para atender às exigências de igualdade e segurança através da aplicação da solução abstrata e previamente estabelecida aos litígios concretos, bastava que ela procedesse do órgão legislativo para ser reputada legítima, independentemente do conteúdo nela disciplinado. Disso decorre a concepção formal de

⁵⁰ Ver: PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo de suas origens e evolução, cit., p. 168; ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 49.

⁵¹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 14, p. 175, 1993.

⁵² “Assim, pois, o direito se esgota na lei, sem que haja lugar nem para um direito consuetudinário, nem para um direito de situação, nem para um direito de criação judicial.” (GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 68).

lei. Mais precisamente, a lei poderia dispor sobre qualquer matéria, desde que elaborada pelo Parlamento. O relevante, portanto, era a sua procedência orgânica, deixando em segundo plano seu objeto. A concepção formal de lei, aliada à negação do valor jurídico-normativo da Constituição, implica em que a lei não conhece nenhum limite jurídico. Como diz Ignacio de Otto, “a lei é fundamento e limite, mas não está sujeita, por sua vez, à limitação”.⁵³

d) Ampla previsibilidade das relações sociais pelo direito legislado: diante do racionalismo iluminista da época e considerando o caráter relativamente homogêneo da classe liberal-burguesa, desenvolveu-se a idéia de que o direito criado pelo Parlamento, além de ter que permanecer estável por certo tempo, deveria oferecer soluções para a quase totalidade dos casos concretos. Assim, apareceu a figura do *legislador universal*, formando o arcabouço da “Era das Codificações”, cujo exemplo paradigmático se encontra no Código Civil de Napoleão de 1804, que exerceu grande influência no pensamento jurídico europeu-continental, na medida que serviu de inspiração para vários códigos de outros países. O Código de Napoleão corporificava precisamente a concepção de um legislador onipotente, cuja obra é sistemática, coerente, precisa, harmônica e completa⁵⁴. Nessa medida, as leis e os códigos se apresentam como uma espécie de “prontuário” para resolver, senão todas, ao menos as principais controvérsias⁵⁵. Desse modo, a codificação resultou em uma simplificação radical do material jurídico. Consoante já ressaltado, essa hegemonia hipertrófica da lei nada mais era do que o reflexo do monismo e da supremacia do Poder do Legislativo.⁵⁶

Emblemático, a propósito, é o artigo 4º do mencionado Código, pelo qual “o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei,

⁵³ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 130.

⁵⁴ Como afirma Gustavo Zagrebelsky: “A lei por excelência era então o código, cujo modelo histórico durante todo o século XIX estaria representado pelo Código Civil napoleônico. Nos códigos se encontravam reunidas e exaltadas todas as características da lei. Resumindo-as: a vontade positiva do legislador, capaz de se impor indiferentemente em todo o território do Estado e que se endereçava à realização de um projeto jurídico baseado na razão (a razão da burguesia liberal, assumida como ponto de partida); o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas, *ex principiis derivationes*; a generalidade e a abstração, a sistematicidade e a plenitude.” (*El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 32.). Mais adiante, o autor sintetiza a *força normativa* do Código de Napoleão, ao dizer que este era “não em vão denominado com frequência a ‘Constituição da burguesia’ liberal”. (Ibidem, p. 53).

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

⁵⁶ OST, François, Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez, cit., p. 174.

poderá ser processado como culpável de justiça denegada”. Esse enunciado fixa, no Estado Moderno, o princípio da proibição do *non liquet* ou da vedação da denegação da justiça, evitando que o juiz se exima de proferir uma decisão alegando falhas na lei. Isso desemboca no dogma da completude e coerência do ordenamento jurídico, impondo que o juiz apenas determine as conseqüências jurídicas aplicáveis aos fatos, sem que ele concorra no aperfeiçoamento ou correção das previsões legais.⁵⁷

e) Primazia da lei nas fontes do direito: a redução do direito à lei igualmente repercutiu no quadro das fontes do direito. Assim, não se pode falar em direito legítimo antes da manifestação da vontade do legislador (racional), que se dá com a criação da lei. Todo o sistema jurídico, nessa medida, deveria confluir para um único elemento normativo, a saber as leis formalmente elaboradas pelo legislador. Mesmo sendo uma expressão rodeada de ambigüidades⁵⁸, um dos seus sentidos correntes revela que por “fontes do direito” entende-se a forma como ele se exprime, ou seja, como se revela e se manifesta. Por razões de segurança e certeza, no estudo das fontes do direito se busca apontar as prescrições da conduta que podem ser reputadas normas jurídicas pertencentes ao sistema. Na medida que o órgão legislativo adquire proeminência, apenas as leis e os códigos são tidos como fontes do direito. Cuida-se de um dos postulados defendidos pelo positivismo jurídico desse período, que identifica a lei com o direito⁵⁹. Destarte, a decisão final pela qualificação ou desqualificação de outro foco de produção normativa cabe ao legislador, assegurando-se, portanto, o legicentrismo, característico do modelo de Estado legalitário.

f) Debilidade do Poder Judicial: é perceptível a relação que se estabelece entre o legislador e o juiz no Estado de Direito Legalista. Por trás da primazia da lei como fonte do direito, está o caráter superior do Poder Legislativo em relação aos demais poderes⁶⁰. Dessa forma, dá-se uma relação de subordinação entre legislador e juiz, que se reflete na inteira submissão deste aos preceitos legais criados pelo primeiro. Portanto, os comandos legais são emanados “de cima para baixo”.

⁵⁷ Ver: BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 74; PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 34-35.

⁵⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 224.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 166.

⁶⁰ PIÇARRA, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*, cit., p. 160.

Dado que o legislador era considerado onipotente, o juiz se restringe a *declarar* passivamente o direito legislado, atuando como a “boca que pronuncia as palavras da lei”, na famosa passagem de Montesquieu⁶¹. Essa concepção do filósofo francês era consuetudinária da própria concepção iluminista que ele tinha da lei e da função judicial, atribuindo a esta uma tarefa meramente mecânica de aplicação de normas⁶². O juiz se apresenta como um “executivo de segundo grau”, preso às palavras insertas nos diplomas legislativos⁶³. A consequência desse fator é a “debilidade da magistratura”, atribuindo ao juiz um papel neutro e pouco expressivo na aplicação do direito.⁶⁴

Vale lembrar, a propósito, que no ato legislativo da organização judiciária francesa de 16-24 de agosto de 1790, estava previsto o instituto do *référé législatif*, mecanismo por meio do qual os juízes deveriam se reportar ao Legislativo quando se deparassem com dúvidas relevantes na aplicação dos textos legais. Com tal expediente, reservava-se inteiramente ao legislador a faculdade última de interpretar os textos normativos obscuros por ele mesmo produzidos.⁶⁵

Tudo isso repercutia na interpretação jurídica, moldada nesse contexto de “submissão do juiz à lei”. A identificação do direito com a lei escrita provoca o culto ao texto da lei⁶⁶. Assim, toma a cena o formalismo jurídico de viés positivista-legalista, representado pela escola da exegese. Uma vez que as leis deveriam ser redigidas de forma clara e precisa, seus enunciados deveriam possuir um sentido unívoco, por vezes evidente em si mesmo. Todo tipo de abertura que implicasse alguma margem de discricionariedade na interpretação era sinônimo de arbítrio judicial⁶⁷. No processo de aplicação das leis, o juiz deveria encontrar tal sentido único e correto dos enunciados legais, valendo-se, para

⁶¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de, *O espírito das leis*, cit., p. 175.

⁶² Para atender ao ideal de segurança jurídica, adverte Montesquieu: “Os julgamentos devem se basear num texto preciso de lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.” (MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de, *O espírito das leis*, cit., p. 170).

⁶³ Nesse sentido: QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, cit., p. 28.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 612.

⁶⁵ RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. aum. México: Porrúa, 1973. p. 191.

⁶⁶ BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, cit., p. 88.

⁶⁷ “Na tradição da escola da exegese as noções de ‘clareza’ e ‘interpretação’ são antitéticas”. (PERELMAN, Châim, *Lógica jurídica*, cit., p. 50).

tanto, basicamente do critério gramatical de interpretação, ao analisar apenas os elementos textuais insertos na lei ou o critério sistemático para *descobrir a vontade ou espírito do legislador*⁶⁸. Como observa Warat, esse espírito do legislador representa a fórmula mágica utilizada pela escola da exegese para “reproduzir o mito da perfeita racionalidade legislativa, para oferecer na instância da interpretação fascínio por uma vontade univocamente simulada”⁶⁹. Nesse sentido, aduz Perelman que o “poder de julgar será apenas o de aplicar o texto da lei às situações particulares, graças a uma dedução correta e sem recorrer a interpretações que poderiam deformar a vontade do legislador”.⁷⁰

Em vez de se falar em *construção* da norma jurídica pelo juiz, fala-se em *declaração* da norma já existente e acabada. A norma jurídica é um *dado* e não um *construído*. Oculta-se o aspecto *volitivo* na atividade interpretativa, evidenciando apenas o aspecto *cognitivo* ou de conhecimento da lei⁷¹. A aplicação judicial do direito se desenvolve, então, através de processos silogístico-formais, reduzindo a função jurisdicional a uma atividade mecanicista.

Por tudo isso, com a concentração da produção normativa do Estado na instância legislativa, a ciência jurídica se reduz a uma “ciência da legislação positiva”⁷². É nesse contexto que se insere a crítica de Kirchmann, segundo a qual bastariam três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se converteriam em papéis inúteis.⁷³

⁶⁸ Como observa Cristina Queiroz, para os filósofos da Ilustração, a melhor lei seria aquela que não precisasse de interpretação, já que, como afirmava Beccaria, a “interpretação não era tarefa dos juízes” e que “interpretar a lei seria o mesmo que corrompê-la”, esta última atribuída a Voltaire. Foi essa concepção de que todo o direito estaria contido na lei que levou, na França, vários professores a proclamarem que não ensinavam o direito civil, mas sim o Código de Napoleão (*Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, cit., p. 128-129).

⁶⁹ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1. p. 69.

⁷⁰ PERELMAN, Chäim, *Lógica jurídica*, cit., p. 23.

⁷¹ É importante ressaltar que as versões do positivismo jurídico sustentadas por Kelsen e Hart, no que se refere ao papel do juiz na interpretação jurídica, diferem bastante daquele positivismo-legalista da escola da exegese. A “moldura” da norma e a “textura aberta do direito”, respectivamente, asseguram uma discricionariedade judicial que permite a criação do direito pelos tribunais, em certa medida. Ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 366; HART, Herbert Lionel Adolphus. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005. p. 137 e ss.

⁷² ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 33.

⁷³ KIRCHMANN, Julio Germán von. El caráter a-científico de la llamada ciencia del derecho. In: SAVIGNY, Friedrich Karl com et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 268.

1.4 A derrocada do Estado de Direito Legalista e a expansão da jurisdição constitucional

A perda do prestígio da lei como fonte principal de todo o direito estatal é uma decorrência da crise dos parlamentos, deflagrada inicialmente com o advento do Estado Social ou o *Welfare State*.

Como se sabe, o modelo liberal de Estado mínimo, ao propugnar a abstenção do Estado na regulação do domínio econômico, deixando que as relações sejam regidas pela *lex mercatoria*, contribuiu para um quadro de fortes desigualdades sociais. A igualdade meramente formal *perante* a lei não atendia mais aos reclamos daqueles que se encontravam à margem de uma proteção legal satisfatória, razão pela qual eles passaram a buscar também uma igualdade *na* lei.

Ao lado dos direitos individuais em sua vertente negativa, particularmente os vinculados à propriedade e à autonomia da vontade, cujo exercício exige do Estado inação ou um não-fazer, surgiram os direitos sociais positivos, para cuja fruição se faz necessária a realização de diversas prestações por parte do aparelho estatal. Enquanto tais direitos individuais são direitos *contra* o Estado, oponíveis a ele, os direitos sociais positivos são direitos *por meio* do Estado.

Com isso, para satisfazer às várias demandas sociais nas áreas de saúde, seguridade social, relações de trabalho, assistência social, dentre outras, a produção normativa do Estado aumentou de forma considerável, acarretando o gigantismo da máquina estatal e uma “hipertrofia legislativa”⁷⁴. Com essas transformações conjunturais, o individualismo característico do Estado Liberal foi cedendo espaço ao coletivismo do Estado Social. As codificações, paulatinamente, passaram a ser substituídas por legislações esparsas, na tentativa de responder às diversas exigências de forma específica e tópica. Conseqüentemente, o legislador deixou de representar a “vontade geral” da coletividade,

⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 41.

para atuar em nome de grupos corporativos, com interesses heterogêneos e antagônicos⁷⁵. Dessa circunstância surgiu aquilo que Zagrebelsky denomina “legislações setoriais”.⁷⁶

No plano pragmático, os ideais de coerência, racionalidade e completude do direito legislado perderam a força de autoconvencimento que possuíam no Estado Legalista. Tais características podiam ser mais facilmente sustentadas em um modelo de direito reduzido a códigos e representativo de interesses relativamente homogêneos, como eram os da burguesia liberal. Porém, com a demasiada produção legislativa do Estado, exige-se um maior esforço para defender que o direito legislado, nesse momento, ainda possui aquelas propriedades. Isso configura uma perda qualitativa das leis por força da queda de sua capacidade regulatória generalizante, como no modelo de direito liberal se almejava que elas a tivessem⁷⁷. Em suma, como observa André Ramos Tavares, de um lado se verificou um quadro de hiperlegalidade, caracterizado pelo excesso de leis na regulação da vida social, e, paralelamente, um quadro de hipolegalidade, já que tais leis não conseguiam suprir as aspirações sociais.⁷⁸

Ademais, a racionalidade formal do modelo liberal, através da qual, para resolver os casos concretos, o juiz procedia a um mero processo silogístico lógico-formal de subsunção do fato à norma, mostra-se insuficiente com as novas demandas. O modelo social de direito, orientado para o futuro ou prospectivo, atua com uma racionalidade material ou teleológica voltada para os fins que o Estado persegue. Ao passo que o modelo liberal de direito preconiza a manutenção do *status quo*, o direito social pretende ser um elemento de transformação social. A lei deixa, dessa forma, de ser uma simples reguladora

⁷⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 38 e ss. Para Antonio Manuel Peña Freire, “se toma consciência de que, longe de formar parte de um âmbito separado do real, a lei é parte do conflito social e que longe de ser expressão pura da vontade geral, a lei é produzida por uma maioria contingente, interessada e dispersa” (*La garantía en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 55).

⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 37.

⁷⁷ “A lei como norma geral e abstrata pressupunha uma sociedade de homens livres e iguais. Só nesse contexto social era possível a regulação integral da vida jurídica com umas poucas normas, preferentemente codificadas, muito gerais e às quais se supunha vocação de permanência quando não pretensão de inamovibilidade temporal.” (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 55).

⁷⁸ TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 42-43.

de conflitos intersubjetivos e passa a assumir a feição de um instrumento político de governo.⁷⁹

Essa mudança de paradigmas modifica a atividade desempenhada pelo Judiciário. Com efeito, o estabelecimento de metas e programas sociais, veiculadas por leis vagas e imprecisas, acarreta uma maior liberdade na interpretação jurídica por parte do juiz. Isso representa o alargamento da discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito. Como anota Cappelletti, a estrutura aberta dessas leis é a “poderosa causa da acentuação que, nessa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”.⁸⁰

Outrossim, no Estado Social também se verificou o importante fenômeno da *massificação*, atribuindo às relações humanas um caráter mais coletivo que individual. A repercussão desse fator na função jurisdicional se traduz na necessidade de solucionar conflitos coletivos dotados de maior complexidade, e não apenas aqueles litígios privatistas de cunho liberal. Destarte, com o processo de massificação social e o surgimento de novos direitos (os direitos sociais e coletivos), exige-se também uma remodelagem do conceito liberal de “direito subjetivo”, que deixa de ser atrelado a direitos individuais e passa a exigir uma proteção a direitos transindividuais. Para oferecer uma tutela satisfatória a tais direitos, o juiz tem que lidar com novas formas de direito de ação (*class action*, ação pública), dos quais resultem provimentos jurisdicionais com efeitos que transcendam as partes fisicamente presentes no processo.⁸¹

⁷⁹ “Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o Estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’. O papel do governo não pode mais se limitar a ser de um *gendarme* ou *night watchman*; ao contrário, o Estado social (...) deve fazer sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o caso ‘justo’ ou ‘injusto’, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente direitos individuais.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 41).

⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 42.

⁸¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito*, n. 11, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 11, p. 355, 2000.

Tudo isso está a demonstrar algumas causas que levaram a um arrefecimento da centralidade e idolatria do esquema racional-iluminista de lei, trazendo, como consequência, a elevação do grau de criatividade judicial do direito.

Mas a sua queda decisiva ocorreu com os abusos cometidos pelos regimes totalitários na Europa. Especialmente com o nazismo na Alemanha e o fascismo na Itália, o legislador havia se tornado a maior ameaça para a liberdade, na qualidade de dono do poder de elaborar as leis. A lei, outrora vista como garantia, como “escudo da liberdade”, havia se tornado instrumento de arbítrio⁸². Como assinala Cappelletti:

Nosso século, todavia, haveria de ensinar uma outra lição: a de que a idéia rousseauiana da infalibilidade da lei parlamentar não passava de outra ilusão, pois até o Legislativo, e não apenas o Executivo, pode abusar do poder. A experiência mostrou, além disso, que a possibilidade do abuso legislativo cresceu enormemente com o crescimento legiferante do Estado moderno, e também que as tiranias legislativas e majoritárias podem ser tão opressivas quanto a tirania do Executivo.⁸³

Por causa desses acontecimentos, verificou-se a revitalização dos direitos fundamentais, não sem a influência de um jusnaturalismo renascido. Dada a importância que passaram a assumir, os direitos fundamentais não podiam mais contar com a lei como forma privilegiada de implementação e proteção: antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais, na conhecida afirmação de Krüger⁸⁴. Tais direitos exigiam uma verdadeira Lei Suprema para a sua defesa e essa uma jurisdição para fazer frente à atuação do Legislativo. Assim, configura-se o modelo de Estado Constitucional, que requer a existência de uma Constituição verdadeiramente dotada de caráter jurídico e de força normativa, sobreponde-se ao próprio Poder Legislativo. O Estado Constitucional exige uma Lei Fundamental rígida, juridicamente subordinante de todos os poderes constituídos e asseguradora dos direitos fundamentais dos cidadãos. Não é diferente o entendimento de Peña Freire:

⁸² GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 133 e ss.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro, Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”, cit., p. 138.

⁸⁴ LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 57.

A passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe a afirmação do caráter normativo das Constituições, que passaram a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes – de modo que resta definitivamente superada a imagem débil da juridicidade constitucional característica do período liberal (...). O constitucionalismo deste século não é senão uma tentativa de superar essa debilidade estrutural do jurídico. A afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, sua *rigidez* e a qualificação de determinados conteúdos jurídicos, como são os direitos fundamentais, vinculantes a todo poder, são exemplos desse processo.⁸⁵

A estrutura do modelo do Estado Constitucional implicou a garantia jurisdicional da Constituição. O reflexo desses fatores foi a criação de mecanismos de jurisdição constitucional, em seus primórdios mais associada ao controle de constitucionalidade de normas e representada na Europa, basicamente, pela figura dos Tribunais Constitucionais. Como se sabe, foi Hans Kelsen o principal idealizador do controle de constitucionalidade das leis no Continente Europeu, que nasceu efetivamente com a criação do Tribunal Constitucional austríaco na Constituição de 1920. Porém, é a partir do segundo pós-guerra que se verificou a ampla adoção da jurisdição constitucional por diversos países: na Alemanha (a partir de 1949), na Itália (a partir de 1948), na República de Chipre (desde 1960), na Turquia (desde 1961), na Iugoslávia (a partir de 1963), na Grécia (desde 1975), em Portugal (desde 1976) e na Espanha (desde 1978)⁸⁶. Como observa Klaus Stern:

A rigor, deveria ter sido imediatamente plausível a todos a seguinte tese: caso não tivesse sido instituído controle judicial algum da observância da Constituição, o próprio órgão político agente, fosse o Parlamento ou o Governo, decidiria forçosamente se a Constituição teria ou não sido respeitada. A Política triunfaria sobre o Direito. Conforme a História nos ensinou, o Estado de Direito correria riscos de ser atropelado pelo Estado baseado no puro e simples exercício do poder.⁸⁷

Seguindo trilha semelhante, Carlos Blanco de Moraes assevera que:

⁸⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, cit., p. 55.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro, Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional, cit., p. 600. Não cabe, nos limites deste trabalho, discutir se os tribunais representam ou não a melhor opção como órgãos de defesa da Constituição, especialmente no controle dos atos do legislador, pois isso implicaria reproduzir e rediscutir toda a conhecida polêmica travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o “guardião da Constituição”. O fato é que se deu a proliferação de jurisdições constitucionais em diversos países, o que pode ser entendido, ademais, como razoável consenso em torno desse mecanismo de proteção constitucional.

⁸⁷ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 513.

Só a criação de um sistema judicial próprio, destinado à interpretação, aplicação e garantia tanto das normas constitucionais como, eventualmente, de outras normas passíveis de integrar um “*bloco de constitucionalidade*” ou de “*legalidade qualificada*”, pode permitir a passagem de um Direito Constitucional institucional com “*caráter mais ou menos obrigatório*” (e frequentemente convertido em “*catálogo de receitas da Ciência Política*”), para um Direito efectivamente hierarquizado, normativo e relacional.⁸⁸

Percebe-se com isso que o declínio da lei enquanto expressão por excelência do direito vem, na Europa continental do século XX, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, acompanhada pelo reconhecimento da superioridade normativa das Constituições e do fortalecimento dos direitos fundamentais nela insertos. A soberania do legislador é, assim, deslocada para a soberania da Constituição. Como afirma Zagrebelsky, “(...) a lei, um tempo medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede o passo à Constituição e se converte ela mesma em objeto de medição. É destronada em favor de uma instância mais alta”⁸⁹. Na concepção de Cappelletti, somente na segunda metade do século XX é que a Europa vive uma verdadeira “*revolução constitucional*”.⁹⁰

Nessa medida, o Estado Constitucional pode até ser encarado como uma espécie de reforço normativo do Estado Legalitário, já que nesse era ausente a fiscalização do legislador. No entanto, o trânsito de um para outro modelo estatal se reflete na posição que a lei passa ocupar no ordenamento jurídico. Embora seja mantida a idéia de que o legislador exerce o poder em nome do povo, esse poder sofre uma limitação efetiva pelas novas Constituições, através da jurisdição constitucional. Percebe-se uma alteração na relação entre os poderes, pois o legislador deixa de ser soberano, onipotente, enfim, idealizado e, conseqüentemente, a lei perde o protagonismo de única fonte do direito⁹¹. Com isso, a interpretação da Constituição realizada pelo legislador pode ser afastada pela interpretação feita pela jurisdição constitucional.

⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1, p. 354.

⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, cit., p. 40 – nossa tradução.

⁹⁰ “A revolução constitucional – e eu realmente entendo o que estas palavras significam – somente ocorreu na Europa com o doloroso entendimento de que a Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos.” (CAPPELLETTI, Mauro, Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional, cit., 130).

⁹¹ Ver: TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 45; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997. p. 117.

No Brasil, desde a Carta republicana de 1891, existe o controle difuso de constitucionalidade das leis e, com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965, foi criada a ação genérica de inconstitucionalidade, inaugurando o modelo concentrado-abstrato no Supremo Tribunal Federal. Nada obstante isso, foi com o processo de redemocratização do país, após longo período de regime ditatorial, culminando com a promulgação da Carta de 1988, que se verificou o alargamento da jurisdição constitucional⁹². Ao lado do modelo difuso, consolidou-se o modelo concentrado. Em primeiro lugar, em razão da ampliação do rol de legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), até então restrita ao Procurador-Geral da República, democratizando o acesso a essa modalidade de controle de constitucionalidade. Em segundo lugar, em virtude da criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), com a Emenda Constitucional n. 3 de 1993, e da regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), através da Lei n. 9.882/99. Vale referir ainda as importantes garantias constitucionais como a ação de *habeas corpus*, o mandado de injunção, o mandado de segurança (individual e coletivo), a ação civil pública, o *habeas data* e a ação popular.

Tais acontecimentos não poderiam deixar de repercutir no pensamento jurídico, que esteve por longo tempo, na Europa continental, bem como nos países influenciados por sua cultura jurídica, como é o caso do Brasil, assentado no fetiche da lei e na concepção de um Judiciário tímido e pouco expressivo, simples aplicador de disposições legais e, portanto, inabilitado enquanto centro de produção normativa. São essas repercussões no papel do poder judicial, expresso através do exercício da jurisdição constitucional, que se passa a analisar em seguida.

⁹² Relacionando a “mundialização” da Justiça constitucional com a constante necessidade de se garantir as liberdades individuais perante os poderes políticos, observa Francisco Fernández Segado que a queda de governos autoritários tem sido em muitos casos seguida pela criação de mecanismos de Justiça constitucional, como testemunham Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e grande número dos países da América Latina, após a derrubada de seus governos militares (*La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 6).

1.5 A produção normativa pela jurisdição constitucional: revisitando os postulados do Estado de Direito Legalista

Como se sabe, paralelamente às mudanças estruturais antes apontadas, as diversas “escolas” e algumas linhas de pensamento do direito (jurisprudência dos interesses, escola livre do direito, realismo jurídico, tópica, dentre outras correntes) evidenciaram as falácias apregoadas pelos formalismos exegéticos que persistiam na concepção mecanicista da função judicial. Não cabe, por ultrapassar as pretensões deste trabalho, discorrer sobre as teses sustentadas por cada uma delas. O que se pretende, neste ponto, é retratar a elevação do grau de produção normativa do direito pelo Poder Judicial através da jurisdição constitucional, com ênfase para o tribunal constitucional ou a suprema corte, bem como apontar seus reflexos na jurisprudência desses órgãos.

Em princípio, parte-se de uma distinção, hoje basilar, porém de fundamental relevo, entre texto normativo ou enunciado e norma jurídica⁹³. Será bastante aqui compreender que aquilo que tradicionalmente se denomina “norma jurídica” ou “norma legal”, a rigor, são os enunciados normativos produzidos pelo legislador e veiculados através dos diplomas legais de um modo geral. A norma jurídica propriamente dita é fruto ou resultado da interpretação de um ou mais enunciados normativos, à luz de um caso concreto. Assim, quem produz a norma jurídica é o intérprete-aplicador. Nesse sentido, o texto da norma se apresenta como uma espécie de matéria-prima, à qual o intérprete atribui significações, construindo assim a norma de direito para uma situação fática. Desse modo, o teor literal do enunciado normativo é apenas, no dizer de Friedrich Müller, a “ponta do

⁹³ Mesmo acrescentando ingredientes próprios aos seus pensamentos, vários autores assumem a distinção entre texto e norma jurídica. Ver, dentre outros: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.200 e ss.; CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 59; ADEODATO, João Maurício Leitão. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006. p. 328 e ss.; MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53 e ss.; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20; CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18 e ss.; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22 e ss.; TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 218 e ss.; STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 595 e ss.

iceberg”⁹⁴. No entanto, observe-se, a construção da norma é pragmaticamente condicionada pela situação fática⁹⁵. A esse processo, a doutrina costuma denominar *concretização*.⁹⁶

Nessa linha de raciocínio, e considerando que a linguagem dos enunciados normativos é marcada por um grau, maior ou menor, de plurivocidade semântica, é possível atribuir diferentes significações ao mesmo texto de direito positivo (enunciado prescritivo). Para tanto, basta que o intérprete confira múltiplos sentidos aos signos que o integram ou que mais de um intérprete, com pré-compreensões diversas, atribuam sentidos diferentes ao mesmo conjunto de enunciados⁹⁷. Isso equivale a dizer, em última análise, que, tomando por base o mesmo texto de direito positivo, podem surgir mais de uma norma jurídica, ou seja, tais normas se apresentam como alternativas semanticamente possíveis⁹⁸. Daí que é possível afirmar que o ordenamento, em seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. O plexo das disposições ou textos normativos é, ao revés, só o ordenamento em potência, é uma gama de possibilidades interpretativas, de normas potenciais⁹⁹. No entanto, como se afirmou, essa atividade interpretativa é condicionada pelo próprio caso a ser regulado, que pode, inclusive, restringir as possibilidades de escolha do intérprete quanto aos sentidos que o texto autoriza. Isso significa que a interpretação, no sentido que ora se utiliza, deve promover uma conexão entre o plano normativo-abstrato e o plano concreto.¹⁰⁰

De uma parte, a referida discricionariedade interpretativa foi destacada por Kelsen, ao dizer que a “norma jurídica” (aqui, “texto normativo”) se apresenta como uma “moldura”, que permite diversas possibilidades de interpretação. Diante dessas

⁹⁴ MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, cit., p. 53.

⁹⁵ Como afirma Gustavo Zagrebelsky, a interpretação jurídica é uma “atividade eminentemente prática” (*Manuale de di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1988. v. 1, p. 69).

⁹⁶ Sobre o tema, ver: MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, cit., p. 51 e ss.; HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 43 e ss.; e, mais recentemente: TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. p. 57 e ss. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 1).

⁹⁷ Cuida-se da conhecida “textura aberta do direito”, exposta por Herbert Lionel Adolphus Hart (*O conceito de direito*, cit., p. 137 e ss.).

⁹⁸ AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 8, p. 23, 1990.

⁹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale de di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*, cit., v. 1, p. 69.

¹⁰⁰ Konrad Hesse é categórico: “Não existe interpretação constitucional desvinculada dos casos concretos.” (*Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 45).

alternativas, o aplicador *opta* por uma delas e *cria* a norma jurídica individual e concreta (a decisão) a disciplinar o caso. A escolha de uma das possíveis interpretações admitidas pela “moldura” consiste em um *ato de vontade* do aplicador e não apenas em um ato de conhecimento: cuida-se de um “eu quero” e não de um “eu sei”¹⁰¹. Por isso, para Kelsen, a interpretação jurídica não leva a uma única resposta apenas, visto que a referida “moldura” deixa uma margem de liberdade de apreciação por parte do juiz, desde que exercida em seus limites.¹⁰²

A sutileza da distinção estabelecida entre texto normativo e norma jurídica tem o mérito de apontar que o processo de interpretação jurídica não é apenas uma atividade cognitiva, como se o intérprete apenas tivesse que apontar a norma já prontamente criada pelo legislador. Como decorrência da própria natureza da linguagem dos enunciados normativos, a interpretação se apresenta, em grande medida, como uma atividade volitiva, ainda que limitada. Por essa razão, pode-se afirmar que toda interpretação jurídica envolve um *quantum* variável de produção de direito. Isso permite sustentar que, ao cabo da interpretação jurídica, evidencia-se um poder normativo da jurisdição, logo, criação de direito (*law making*).

Deduz-se, a partir do que se expôs, que a diferença conceitual entre texto de norma e norma jurídica independe do contexto sócio-político ao qual se aplica, sendo, assim, um dado aistórico. Dessa forma, percebe-se o caráter marcadamente ideológico das concepções interpretativas que caracterizam a atividade hermenêutica dos juízes como algo rigorosamente pré-determinado pelo legislador. Como observa João Maurício Adeodato:

¹⁰¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, cit., p. 261.

¹⁰² Nas palavras de Hans Kelsen: “(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que (...) têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (...) A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito Positivo.” (*Teoria pura do direito*, cit., p. 366).

De certa forma, mesmo a Escola da Exegese não os confunde necessariamente (texto e norma), ainda que considere a distinção um “defeito”, quando admite que há textos que precisam de interpretação; o ideal é a “clareza”, pois *in claris cessat interpretatio*. Ocorre que, em uma sociedade mais simples, com um direito menos complexo, como o que os primeiros positivistas tentavam descrever, há um acordo muito maior sobre a conotação e a denotação do texto diante do caso concreto; as opiniões variam muito menos sobre o significado de expressões como “atentado ao pudor” ou “mulher honesta”. Agora, a variabilidade é bem maior; seja em relação aos utentes, seja em relação ao contexto dos fatos jurídicos. Daí a crescente importância do caso concreto e de como estabelecer conexões com os textos e procedimentos previamente estabelecidos.¹⁰³

Dessa feita, acredita-se que diante do poder que o intérprete exerce atualmente perante textos normativos, ao preencher-lhes o conteúdo, é sempre oportuno ressaltar o viés normativo-criativo da interpretação judicial. Por isso que, na esteira de Cappelletti, segundo o qual não existe diferença substantiva entre legislação e jurisdição, cabe apontar que:

Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala de juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law making*.

Do ponto de vista substancial, a criatividade do legislador pode ser quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz. Quanto à natureza, esses dois processos não são substancialmente distintos, pois ambos consistem em processos de criação do direito. O que separa um do outro é o *modo* de criação do direito.¹⁰⁴

Se assim é, verifica-se um grau mais acentuado de criatividade judicial quando a interpretação está voltada para a Constituição, aumentando, conseqüentemente, a produção normativa pela jurisdição constitucional. Convém destacar um importante fator de elevação desse poder criativo, que diz respeito à própria estrutura normativa das Constituições contemporâneas, e a brasileira não foge à regra.

Realmente, as Constituições, em vez de um código fechado, hermético, revelam-se como um complexo normativo aberto, albergando, além de regras jurídicas, diversas normas principiológicas (como isonomia, liberdade, moralidade, eficiência, as denominadas “normas programáticas”, boa parte dos direitos fundamentais, dentre outras). A presença de princípios jurídicos e cláusulas abertas nas Constituições proporciona uma maior liberdade na interpretação judicial, em razão do considerável grau de indeterminação

¹⁰³ ADEODATO, João Maurício Leitão, *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*, cit., p. 328.

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 25-27.

e abstração de seus enunciados. Esse “direito constitucional principiológico” incrementa significativamente a criatividade do juiz constitucional. Isso decorre da circunstância de que quanto menor a densidade semântica do enunciado normativo a ser interpretado, maior o poder de criação jurídica pelo intérprete:

As leis possuem maior ou menor clareza e conferem àquele que a aplica um poder maior ou menor de interpretação jurídica. Existe uma relação *inversamente proporcional* entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico. É, pois, essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz.¹⁰⁵

Destarte, a tradicional imagem do “juiz vinculado à lei”, querendo muitas vezes mascarar a criação judicial do direito, é extremamente enfraquecida diante do “juiz vinculado à Constituição”, pois, no lugar de submissão, ele encontra espaçosos horizontes na exegese do texto constitucional, cujos enunciados apresentam uma elasticidade semântica superior à maioria das disposições veiculadas nos diplomas legais. O juiz constitucional, então, é *forçado a ser livre*¹⁰⁶. Ademais, pode-se afirmar que a presença de princípios jurídicos na Constituição é decisiva para torná-la uma obra não completa, mas sim complementável¹⁰⁷, inclusive atenuando o rigor de sua rigidez, ao permitir “mudanças informais” da Constituição pela via da interpretação¹⁰⁸. Daí a afirmação de Jefferson,

¹⁰⁵ QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, cit., p. 104. Em sentido semelhante, Dimitri Dimoulis se vale do conceito de *densidade normativa*: “O texto das normas jurídicas deve ser visto como filtro ou tecido, cuja textura é mais ou menos densa. O grau de porosidade (abertura, abstração) do texto normativo é indicado pelo número e pela diversidade das alternativas de interpretação que esse texto autoriza, isto é, das alternativas que podem passar pela ‘peneira’ do próprio texto. A regra da densidade normativa pode ser formulada da seguinte maneira: *Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa).*” (*Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 248. Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 2).

¹⁰⁶ A expressão foi usada por Mauro Cappelletti (*Juízes legisladores?*, cit., p. 22).

¹⁰⁷ “Mesmo que o legislador constituinte recorra a uma regulamentação a mais completa possível do direito material, não poderá ter de antemão preparadas respostas explícitas para todos os problemas. A utilização de cláusulas gerais e de conceitos dotados de um alto grau de indeterminação e abstração tornam premente a necessidade da sua complementação.” (QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*, cit., p. 109).

¹⁰⁸ “A abertura constitucional permite a realizabilidade do direito constitucional material por parte daqueles encarregados de aplicar a Norma Maior. Certamente, não se pode olvidar do fato de esta estrutura aberta do Texto Constitucional ser devida em grande parte à presença dos princípios na Constituição. A presença de normas principiológicas na Constituição conduz a uma *flexibilidade* da Constituição, ensejando sua alteração mediante interpretação constitucional.” (LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 156; ver também: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

“aplicável essencialmente às Constituições principiológicas, como a norte-americana, no sentido de que a Constituição seria uma *cera amorfa*, cujas formas adquiridas resultariam da atividade do tribunal constitucional”¹⁰⁹. Portanto, a criação judicial do direito (constitucional) é potencializada em razão da própria estrutura do texto constitucional.

Com isso, o direito constitucional não consegue ser definido, única e diretamente, a partir do que está escrito na Constituição, pois seu texto exige a demarcação de conteúdo através de sucessivos processos de concretização judicial. Assim, o conteúdo constitucional passa a ser esculpido, em boa parte, pela interpretação desenvolvida no exercício da jurisdição constitucional e, em particular, pelos tribunais constitucionais e cortes supremas. Mais diretamente, a jurisdição constitucional brasileira, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, cria normas constitucionais-materiais como resultado da interpretação dos enunciados da Constituição, e o conteúdo dessas normas reflete aquilo que essa corte entende como sendo a Lei Maior.

A jurisdição constitucional assume um relevante papel na construção e definição de sentidos atribuíveis ao texto constitucional, com especial relevo para os princípios jurídicos, mais vagos e imprecisos. Isso significa que tais decisões não podem mais ser vistas como simples resoluções de casos concretos, mas sim como modos de concretização da Constituição, o que agrega um especial valor à jurisprudência oriunda de tais decisões. Essa jurisprudência passa a representar a forma como a jurisdição constitucional concebe a Constituição em vigor, em um dado momento histórico. O direito constitucional, assim, revela-se, em considerável medida, como direito jurisprudencial. Em suma, ele não pode mais ser compreendido unicamente a partir do texto constitucional.

Portanto, a interpretação jurídica, enquanto atividade de criação normativa, quando voltada à Constituição, conduz a que a jurisdição constitucional não apenas crie normas jurídicas, mas a que elabore normas com valor constitucional, construindo, desse modo, um direito constitucional material-jurisprudencial.¹¹⁰

¹⁰⁹ TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 240.

¹¹⁰ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, cit., p. 344.

Vê-se, com isso, a superação do dogma legalista de que a produção normativa se encontra monopolizada no órgão legislativo. Há, portanto, uma concorrência de centros de produção normativa entre a instância legislativa e a jurisdição constitucional, uma vez que essa tem sua capacidade de criação de normas jurídicas elevada.

Apesar de haver certo consenso quanto ao fato de que os juízes criam direito como resultado natural da interpretação jurídica, por vezes não se aceita com a mesma tranqüilidade essa produção normativa em nível constitucional, especialmente quando produzida por uma suprema corte ou um tribunal constitucional, órgãos com atribuição de proferir, com definitividade, o sentido do texto constitucional. É que, nesse caso, estar-se-ia gerando direito do mais elevado patamar hierárquico-normativo por uma instância judicial hierarquicamente superior, criando-se um dilema: de um lado, considera-se que todos os poderes estão vinculados à Constituição e, de outro, que compete ao tribunal constitucional estabelecer a última palavra sobre essa mesma Constituição, incluindo a interpretação de suas próprias competências.

Todavia, a produção normativa pela jurisdição constitucional deve ser encarada não apenas como algo inerente a toda interpretação jurídica, mas, também, como criação normativa alavancada pela estrutura das próprias Constituições, que exigem complementação, e pelas funções acumuladas por ela (jurisdição constitucional) ao longo do tempo. A circunstância de que, em muitos casos, é a interpretação desses órgãos jurisdicionais que deve prevalecer sobre a desenvolvida pelo legislador, é decorrência da própria alteração da relação entre eles, com o advento do Estado constitucional, consagrador da supremacia normativa da Constituição, sem a qual seria inviável falar sequer em controle jurisdicional de constitucionalidade de normas. Realmente, a interpretação desenvolvida pelo tribunal constitucional se agrega à própria Constituição e, por apresentar-se como seu último intérprete, sua decisão pode prevalecer sobre as realizadas pelos demais poderes. Referindo-se ao Tribunal Constitucional espanhol como “intérprete supremo da Constituição”, afirma Ignácio de Otto que “se ele pode anular uma lei por inconstitucionalidade, isso quer dizer que sua interpretação prima sobre a que fez o legislador e sobre qualquer outra”.¹¹¹

¹¹¹ OTTO, Ignácio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 296.

Todavia, tais constatações, não raro, encontram resistência na doutrina. Muito pertinente, a propósito, é a consideração, que se deve aproveitar neste contexto, feita por Genaro Carrió. Ele observa que a controvérsia acerca da expressão “os juízes criam direito” consiste em um “desacordo de atitude”. Esse desacordo de atitude, explica o autor, refere-se (a) àquilo que deveriam fazer os juízes e (b) àquilo que deveriam fazer os juristas ao teorizar sobre a atividade judicial. No primeiro caso, a expressão quer chamar atenção dos próprios juízes, no sentido de que eles deveriam perceber melhor suas atribuições e atuar com clara consciência da importante função que lhes toca cumprir na sociedade. No segundo, ao teorizar sobre o direito, os juristas deveriam conferir especial atenção ao modo como os juízes aplicam os preceitos gerais aos casos reais que aparecem no âmbito atividade judicial, dedicando-se menos ao “irreal mundo das normas gerais”. Apesar da força dessa expressão, o que se busca aduzir é que quando se afirma “os juízes criam direito”, não se está fazendo apenas uma descrição da realidade, ou seja, não se quer tão-somente transmitir uma informação sobre o que fazem os juízes. O que se pretende, no fundo, é destacar, para fins práticos e teóricos, a enorme importância que tem a atividade judicial na dinâmica dos fenômenos jurídicos.¹¹²

Desse modo, seria até despiciendo afirmar que a jurisdição constitucional produz direito como fruto de sua atividade, não fosse pelo fato de se querer precisamente apontar para a relevância desse tipo de produção normativa no processo de concretização constitucional. Com efeito, mesmo assumindo a posição de que a interpretação da Constituição não é monopólio dos tribunais (os intérpretes “oficiais”), e que, portanto, deve haver nessa tarefa a participação de vários atores e segmentos sociais pertencentes à “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”¹¹³, não se pode olvidar a posição especial que ocupa a jurisdição constitucional e, especialmente, o tribunal constitucional ou a suprema corte. Em razão da heterogeneidade de interesses presentes na esfera pública, é natural que vários sejam os sentidos atribuíveis ao texto da Constituição. Esse fenômeno gera, por consequência, expectativas distintas, e mesmo antagônicas, em relação à sua interpretação por parte dos vários intérpretes “não-oficiais”. É nesse momento que os

¹¹² CARRIÓ, Genaro Ruben. *Notas sobre derecho y language*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 111-112.

¹¹³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

“intérpretes oficiais” (tribunais constitucionais e supremas cortes, por exemplo) exercem um papel seletivo acerca de quais expectativas deverão prevalecer e quais deverão ser excluídas¹¹⁴. Daí a importância de suas decisões e, em particular, da jurisprudência delas emergente.

No entanto, é preciso esclarecer certos pontos. Em primeiro lugar, a afirmação de que os juízes criam direito, notadamente a criação refletida na jurisprudência de um tribunal constitucional, não significa que a escolha por uma determinada interpretação possa se estabelecer de forma arbitrária, livre de quaisquer limites. Não se sustenta nenhuma forma de decisionismo judicial, pelo qual o juiz poderia escolher, arbitrariamente, qualquer conteúdo para o texto normativo, sem uma maior “prestação de contas”¹¹⁵. O próprio texto normativo, enquanto vertido em linguagem minimamente compreensível pelos seus utentes no contexto comunicacional, constitui relevante limite hermenêutico: “O texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”¹¹⁶. Como se disse, o problema a ser resolvido também impõe restrições às opções interpretativas válidas¹¹⁷. A circunstância de não haver sempre uma *única* resposta correta para todos os problemas, como ora se defende, não impede que uma determinada alternativa interpretativa se revele *mais* adequada que outra, diante de um caso concreto.

Em segundo lugar, a distinção entre texto e norma não decorre de uma proposta teórica. Trata-se de uma mera constatação de fácil verificação: se não houvesse a distinção entre esses elementos, não existiria discrepância hermenêutica e, conseqüentemente, não existiria divergência judicial. Mas, no momento em que ela se manifesta e se perpetua, convém fixar a linha interpretativa que há de prevalecer para situações semelhantes.

¹¹⁴ NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 363-364.

¹¹⁵ Essa é uma das deficiências da postura kelseniana sobre a interpretação jurídica. Para Hans Kelsen, desde que abarcada pela “moldura”, o aplicador é livre para escolher qualquer opção interpretativa. Ao negar importância aos métodos de interpretação jurídica, o autor não questiona *como* a interpretação foi realizada pelo aplicador, nem o *porquê* dele ter escolhido a interpretação “A” em detrimento da interpretação “B”. Ver: TAVARES, André Ramos, *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, cit., p. 72 e ss.; DIMOULIS, Dimitri, *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*, cit., p. 214-216.

¹¹⁶ ADEODATO, João Maurício Leitão, *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites*, cit., p. 331.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos, *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, cit., p. 75-77.

Em terceiro lugar, ao se reconhecer a criação judicial do direito, não se quer manifestar adesão ao realismo jurídico norte-americano, segundo o qual *só* os juízes criam direito e que, desse modo, todo o direito se reduz ao direito judicial. Logo, há uma grande diferença entre “os juízes criam direito” e “*apenas* os juízes criam direito”. Busca-se, neste ponto, tão-somente apontar para a substancial mudança de perfil da atuação da função jurisdicional que não mais consegue ser explicada com base nos pressupostos do Estado de Direito Legalista.

Por fim, não se descarta que a interpretação criadora de normas de nível constitucional pela jurisdição constitucional leva ao intrincado problema dos limites de sua atuação em um regime democrático, o que envolve discutir sua própria legitimidade democrática. No entanto, é preciso observar que só se discutem os limites dessa criação a partir do momento que se reconhece tal criação como um fato incontestável. E, para os fins desta pesquisa, é suficiente assumir o pressuposto de que a criação jurídico-constitucional pela jurisdição constitucional é não somente uma realidade, mas, também, uma realidade inevitável diante da garantia jurisdicional da Constituição, da estrutura aberta da própria Constituição, da insuficiente regulação da vida social pelas leis, do acolhimento da idéia de que toda interpretação jurídica envolve produção de direito em alguma escala e da expansão das funções da jurisdição constitucional.¹¹⁸

¹¹⁸ Como observa Walber de Moura Agra, referindo-se ao que ele denomina *jurisprudencialização*: “O aumento da complexidade nas sociedades contemporâneas faz com que o ordenamento jurídico não possa continuar sendo sistematizado de modo a gerar inflação legislativa, pois a cada nova demanda social se produz uma lei para regulamentá-lo. Como as necessidades são cada vez maiores e sofrem constantes modificações, a regulamentação não surte o efeito esperado. Essa proliferação exacerbada de normas acarreta insegurança sobre o conteúdo do dispositivo que está em vigor e incentiva antinomias normativas diante da constante produção legislativa. Como as estruturas normativas não podem mais tecer minudências que rapidamente serão revogadas, as leis têm que ser produzidas cada vez mais em sentido genérico e abstrato, de forma a poderem se adaptar mais facilmente à cambiante realidade social. Destarte, sendo as leis produzidas de maneira cada vez mais ampla, dispõem os tribunais constitucionais de um maior espaço de atuação conseqüentemente. Esse fenômeno é chamado jurisprudencialização da tutela constitucional e significa que a jurisprudência foi alçada à posição de uma das principais fontes do Direito ao determinar a extensão dos mandamentos constitucionais.” (*A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 121-122).

1.6 Síntese

Consoante já observado, a súmula vinculante é a síntese da jurisprudência constitucional consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, órgão supremo na interpretação da Constituição brasileira, acerca de uma matéria específica. Em outros termos, trata-se de uma forma de criação de direito através da jurisprudência constitucional dessa corte. Assim, sua análise deve levar em conta o desprestígio dos pressupostos em que se assentou o modelo de Estado de Direito Legalista e o impacto do Estado Constitucional. Por isso, deve-se ter mente que (a) o Poder Legislativo não detém o monopólio da produção normativa; (b) a lei não é a única e exclusiva fonte de direito; (c) a função judicial não se reduz à aplicação mecânica de textos legais; (d) a interpretação jurídica envolve produção normativa; (e) essa produção normativa é elevada quando se trata de interpretação da Constituição; (f) a jurisdição constitucional, no desempenho de suas funções, cria normas materialmente constitucionais; e (g) a interpretação constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal pode se sobrepor às demais interpretações desenvolvidas pelos outros intérpretes, “oficiais” e “não-oficiais”, da Constituição. A partir dessas premissas é que a problemática das súmulas vinculantes no Brasil será encarada.

2 A FORÇA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO BRASIL: DA PERSUASÃO À VINCULATIVIDADE

2.1 A proposta do Ministro Victor Nunes Leal: a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal

A primeira proposta de elaboração das súmulas para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal veio da iniciativa do então Ministro Victor Nunes Leal, no início da década de 60. Algumas de suas idéias fundamentais a respeito do tema foram expostas em uma palestra proferida em 1964, na cidade de Belo Horizonte¹¹⁹. Sob o rótulo *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, elas ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro por meio de emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal, de autoria do mencionado magistrado, que passou a vigorar a partir de 1964.

Foram razões eminentemente práticas as que levaram o Ministro Victor Nunes Leal a sugerir a elaboração de enunciados sintéticos capazes de consubstanciar a essência do entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, as súmulas foram imaginadas como repertórios da jurisprudência prevalecente do Supremo Tribunal Federal, facilitando a consulta do seu conteúdo pelos operadores do direito e, em particular, pelos próprios ministros daquele Tribunal. Desse modo, a utilização da súmula dispensaria a citação dos vários precedentes judiciais anteriormente estabelecidos e que lhe serviram de base. Isso interessava no dia-a-dia dos julgamentos porque, conforme testemunho do próprio Ministro Victor Nunes Leal, havia grande dificuldade para os ministros identificar as matérias que não mais mereciam nova discussão pelo Tribunal, de sorte que, sem outra alternativa em mãos, o hábito era reportar-se à própria memória para apresentar aos ministros mais novos o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre determinada questão¹²⁰. Assim, em um primeiro momento, a criação da

¹¹⁹ Tal conferência foi publicada com o título Atualidade do Supremo Tribunal (*Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, n. 208, p. 15-18, out./dez. 1964).

¹²⁰ Nas palavras do Ministro Victor Nunes Leal: “Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento. (...) Por isso, mais de uma vez, em conversas particulares, tenho mencionado que a *Súmula* é subproduto da minha falta de memória, pois fui eu afinal o relator, não só da respectiva emenda regimental, como de seus 370 enunciados.” (Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 14, jul./set. 1981).

súmula atendia a essa necessidade de sistematização e organização das concepções pacíficas do Supremo Tribunal Federal sobre determinados temas jurídicos, facilitando o acesso a tais informações.

No entanto, e além desse motivo, o que mais fortemente influenciou a elaboração das súmulas foi o congestionamento do Supremo Tribunal Federal, ocasionado pelo acúmulo de ações repetitivas. Consoante o Ministro Victor Nunes Leal, ao longo do tempo, verificou-se uma sobrecarga de trabalho nessa corte, pois, se em 1950 esse Tribunal havia decidido cerca de 3.511 processos, em 1962, o número subiu para 7.437 processos¹²¹. Diante dessa realidade, o referido magistrado chamava a atenção para o que ele designou “fardo asfixiante”, entendendo que o que atarefava em demasia o Tribunal eram os numerosos casos idênticos que chegavam até aquela instância, como se existisse uma “fábrica montada para fazer dos juízes estivadores”¹²². Essa situação também impedia que os ministros pudessem analisar mais detidamente assuntos de maior complexidade, que fugiam daquela cadeia de questões iguais. Por isso, pugnava por um mecanismo ou, em sua dicção, por um *método de trabalho* que possibilitasse ao Supremo Tribunal Federal abreviar o julgamento de processos rotineiros, conferindo certos efeitos jurídico-processuais à jurisprudência dominante do Tribunal, a fim de evitar expedientes e recursos protelatórios. Foram esses os principais motivos que impulsionaram a elaboração da súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No dizer de seu idealizador:

Em relação a êsse exame de casos típicos, uma vez definida a nossa orientação, impunha-se adotar um método de trabalho, que permitisse o seu julgamento seguro, mas rápido, abolindo formalidades e desdobramentos protelatórios.

Esses casos, pela freqüência com que se reproduzem, ficam despojados de importância jurídica, e não justificam perda de tempo.¹²³

Dessa maneira, e de forma resumida, a fixação da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal em enunciados sumulares pretendia atingir os seguintes objetivos: a) criar um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais mediante a

¹²¹ Apenas para ser preciso quanto aos números, cujo acesso certamente era bem mais difícil à época em que o Ministro Victor Nunes Leal realizou a pesquisa, em 1950 o Supremo Tribunal Federal proferiu 3.371 decisões, incluindo as monocráticas e as colegiadas, e, em 1962, proferiu 7.436 decisões. (Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acesso em 25 set. 2006). De todo modo, considerando a proximidade dos números apresentados pelo ministro e os constantes nessa base de dados, nada compromete a essência da opinião do magistrado no que se refere ao expressivo volume de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos períodos por ele indicados.

¹²² LEAL, Victor Nunes, Atualidade do Supremo Tribunal, cit., p. 16.

¹²³ Ibidem, mesma página.

simples citação de um número convencional; b) distinguir a jurisprudência firme daquela que se encontrava ainda em fase sedimentação; e, c) atribuir à jurisprudência firme consequências processuais para decidir processos repetitivos com mais celeridade.¹²⁴

Entrevê-se nos argumentos sustentados pelo Ministro Victor Nunes Leal certo pragmatismo, na medida que se pretendia diminuir o volume de trabalho do Supremo Tribunal Federal ao se adotar a súmula como um método de trabalho que visava melhor ordenar e simplificar a tarefa judicante. Tanto é assim que, mesmo apontando múltiplas razões para a elaboração das súmulas, ele observa, após alguns anos de experiência com a *súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal*, que a sua maior potencialidade estava na sua qualidade de método de trabalho, suplantando inclusive a condição de ser repertório oficial de jurisprudência da Alta Corte.¹²⁵

Fora tais motivos, outras razões eram apontadas para respaldar a necessidade de seguir a jurisprudência preponderante do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, o Ministro Victor Nunes Leal também invocava o princípio da igualdade a favor das súmulas, pois entendia que os casos iguais, dentro de um mesmo contexto histórico e social, não deveriam ter soluções diferentes. Dessa maneira, para concretizar a exigência de isonomia, era necessário que os casos idênticos fossem decididos de acordo com a orientação fixada na jurisprudência segura do Supremo Tribunal Federal, evitando, com isso, um quadro de “loteria judiciária”, isto é, que sobre tais litígios recaíssem soluções díspares a depender do julgador¹²⁶. Portanto, a isonomia estava associada a uma relativa estabilidade da jurisprudência e à conveniência de segui-la para resolver questões jurídicas idênticas.¹²⁷

Cumprе ressaltar que o referido ministro também não olvidou em refutar algumas críticas que, de imediato, levantaram-se em desfavor das súmulas. Uma delas sustentava

¹²⁴ LEAL, Victor Nunes, *Atualidade do Supremo Tribunal*, cit., p. 17.

¹²⁵ LEAL, Victor Nunes, *Passado e futuro da súmula do STF*, cit., p. 4.

¹²⁶ Em sentido semelhante, Eduardo Cambi usa a expressão “jurisprudência lotérica”: “A idéia de *jurisprudência lotérica* se insere justamente neste contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado.” (*Jurisprudência lotérica*, cit., p. 111).

¹²⁷ Como afirma o Ministro Victor Nunes Leal: “A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança.” (*Atualidade do Supremo Tribunal*, cit., p. 16).

que as súmulas engessariam a jurisprudência, retirando-lhe o caráter dinâmico, necessário diante das transformações sociais. Aliás, ele lembrava que houve quem chamasse a súmula de “túmulo”, em virtude de um suposto estancamento que ela provocaria na evolução jurisprudencial¹²⁸. Perante tais ataques, ele defendia que, em sua proposta, as súmulas realizavam o *ideal do meio-termo*, porque garantiam a estabilidade da jurisprudência e, ao mesmo tempo, evitavam o risco de sua petrificação, já que era previsto um procedimento de revisão das próprias súmulas. Nesse sentido, advertia:

A *Súmula* realiza, por outro lado, o ideal do meio-térmo, quanto à estabilidade da jurisprudência. (...) 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. Ela não estanca o fluxo criador da jurisprudência, nem impede a sua adaptação às condições emergentes. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a *Súmula* substitui a *loteria judiciária* das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito.¹²⁹ (destaque no original)

Em outra passagem, foi veemente, ao sustentar que: “Firmar a jurisprudência, de modo rígido, 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 descalbro e tormento.”¹³⁰

Além disso, a elaboração de uma súmula não se dava de forma automática, pois exigia uma deliberação formal por parte dos ministros para estabelecer um enunciado sumular. Assim, ainda que houvesse várias decisões do Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido, seria necessário atingir um *quorum* qualificado para fixar o entendimento pacificado em uma súmula. A necessidade de tal deliberação por parte dos membros do Supremo Tribunal Federal estava a demonstrar que, caso uma súmula fosse aprovada, ela indicaria que a interpretação adotada representaria uma convicção firme e segura da corte.

¹²⁸ LEAL, Victor Nunes, *Passado e futuro da súmula do STF*, cit., p. 6.

¹²⁹ LEAL, Victor Nunes, *Atualidade do Supremo Tribunal*, cit., p. 17.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 16.

Nesse modelo, nada obstante, os efeitos jurídico-processuais oriundos da súmula permitiam, basicamente, o não recebimento de recursos ou indeferimento monocrático dos mesmos, pelos ministros-relatores, quando fossem contrários à jurisprudência compreendida na súmula. Não tinham propriamente uma força vinculante, pois se restringiam a conferir aos relatores uma *faculdade*, não alcançando as demais instâncias judiciais, nem os órgãos da Administração pública. Outrossim, não havia sido prevista qualquer medida para o caso de descumprimento da súmula. Nesse passo, as súmulas tinham mais uma força persuasiva no julgamento de casos idênticos ou, melhor dizendo, uma *obligatoriedade indireta*.¹³¹

Pelo exposto, percebe-se que as súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, da forma preconizada pelo Ministro Victor Nunes Leal, apresentavam as seguintes notas principais: a) dentre outras funções que desempenharam, a que se sobressaiu foi a de concebê-las como método de trabalho; b) nesse sentido, sua finalidade principal era racionalizar o julgamento de processos judiciais idênticos, diminuindo a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal; c) a estabilidade da jurisprudência, concretizada por elas, estava em sintonia com o princípio da igualdade, pois os casos idênticos deveriam ter soluções iguais; d) pela possibilidade de revisão da súmula, seria evitado o risco de petrificação da jurisprudência; e) exigia-se deliberação formal para a sua criação; e, f) possuíam apenas *obligatoriedade indireta*, carecendo, portanto, de força vinculante.

2.2 Reconhecimento legal do direito jurisprudencial e a chegada à súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal

Mesmo desprovidas de força vinculante, as súmulas passaram a ser consideradas importantes guias na resolução de litígios na prática jurídica, reforçando o valor da

¹³¹ Como afirma o Ministro Victor Nunes Leal: “Nem a *Súmula* ficou com efeitos que se pudessem comparar com os da lei, nem a adoção de novos enunciados se faz de modo automático, pela só razão da maioria qualificada ou da reafirmação dos julgados. De um lado, os efeitos da *Súmula*, restritos ao processo judicial, são bem modestos; de outro, exigiu-se especial deliberação do Supremo, pelo seu Plenário, para a inclusão de novos verbetes na *Súmula*.” (Passado e futuro da súmula do STF, cit., p. 6-16 –destaque no original).

jurisprudência que as sustentam, havendo quem tenha sustentado serem elas uma espécie de *stare decisis de fato*.¹³²

No Brasil, é possível verificar um paulatino reconhecimento, pelo próprio legislador, da força da jurisprudência predominante, sumulada ou não, dos Tribunais como pauta de orientações para resolver pleitos futuros.

Pode-se apontar, de início, o artigo 38 da Lei n. 8.038, de maio de 1990, que atribuiu poderes ao relator de recursos ajuizados perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça para negar seguimento aos que contrariassem jurisprudência desses Tribunais nas questões predominantemente de direito. Cuida-se da conhecida súmula impeditiva de recursos:

Artigo 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

No âmbito da Administração pública federal, pode-se apontar o artigo 4º da Lei n. 9.494, de 10 de julho de 1997, que permitiu ao Advogado-Geral da União dispensar a propositura de ações e recursos, quando a questão já estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.¹³³

Em linha semelhante, permitiu o artigo 131 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, através da redação dada pela Lei n. 9.528/97, que:

Artigo 131 - O Ministro da Previdência e Assistência Social poderá autorizar o INSS a formalizar a desistência ou abster-se de propor ações e recursos em processos judiciais sempre que a ação versar matéria sobre a qual haja declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores.

¹³² SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 14, jul./set. 1985.

¹³³ No entanto, essa autorização legal só poderia ser exercida desde que não houvesse súmula específica da própria Advocacia-Geral da União: “Artigo 4º - Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inc. XII e 43 da Lei Complementar n. 73 de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.”

Posteriormente, a Lei n. 9.756, de dezembro de 1998, alterando o Código de Processo Civil brasileiro, estendeu poderes aos relatores de recursos dos demais tribunais, além do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, permitindo-lhes tomar como referência para suas decisões não apenas a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, mas também a do respectivo tribunal perante o qual se interpôs o recurso. Além disso, essa lei possibilitou ao relator que não só negasse seguimento a recursos contrários à súmula ou à jurisprudência dominante de tais tribunais, ainda que, nesse último caso, não sumulada, como também que lhes desse provimento quando a decisão recorrida destoasse do entendimento jurisprudencial. Ressalte-se que no regime criado pela lei antes mencionada, basta a jurisprudência dominante de um tribunal superior ou do respectivo tribunal para abreviar o trâmite do recurso, sem haver necessidade de sua cristalização em um enunciado sumular:

Artigo 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de 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.

Apesar de o legislador ter usado o verbo em modo imperativo (“negará”), o que poderia levar à idéia de que se trata de uma obrigação, sedimentou-se o entendimento de que esse comando encerra mera faculdade. Além disso, a mesma regra é aplicada em casos de reexame necessário pelos tribunais.¹³⁴

Continuando nessa linha, a mesma Lei n. 9.756/98 ampliou os poderes do relator nos casos de conflitos de competência, possibilitando-lhe julgar desde logo a questão, quando houver jurisprudência dominante do tribunal sobre a matéria presente nos autos:

Artigo 120 - (...)

Parágrafo único - Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente.

¹³⁴ Súmula n. 253 do STJ: “O artigo 557 do Código de Processo Civil, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário.”

Por fim, vale mencionar o artigo 896, “a” da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê o cabimento de recurso de revista ao Tribunal Superior do Trabalho, quando a decisão recorrida der ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado a súmula de jurisprudência uniforme dessa corte.

A referência a essas situações é suficiente para perceber que o direito brasileiro oferece mostras de que as súmulas e a jurisprudência consolidada nos tribunais são efetivamente manejadas como parâmetro objetivo de decisões judiciais futuras. Dessa forma, apesar de que em todos os exemplos antes mencionados inexistia obrigatoriedade para obedecer a tais construções jurisprudenciais, não se pode desconsiderar seu impacto nas instâncias inferiores, haja vista que elas supõem um amadurecimento do Tribunal sobre a forma de decidir certa matéria, tendo como ponto de partida a interpretação das leis pertinentes ao caso. Assim, haveria poucas chances de algum recurso prosperar diante da interpretação sólida do tribunal, firmada após ampla discussão sobre a matéria, salvo a verificação de razões fortes para superar o entendimento jurisprudencial.

Tais exemplos evidenciam, como nota Mancuso, uma potencialização da eficácia das súmulas no direito brasileiro operada pelo legislador infraconstitucional¹³⁵. Então, a jurisprudência dominante e as suas súmulas, embora destituídas de força vinculante nesses casos, já não podiam ser vistas como simples elementos de integração do direito legislado, como se não exercessem influência alguma na práxis jurídica.

Em seguida, viria o elemento até então ausente: o efeito vinculante. No direito pátrio, o efeito vinculante está mais associado às decisões proferidas em sede de controle concentrado de leis e atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal. Ele foi instituído expressamente pela Emenda Constitucional n. 3, de março de 1993, que, ao criar a ação declaratória de constitucionalidade, reconheceu que as decisões definitivas de mérito nelas proferidas produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo (art. 102, § 2º da CF). Posteriormente, o efeito vinculante foi estendido à ação direta de inconstitucionalidade, através da Lei n. 9.868, de novembro de 1999, ao estabelecer que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 307.

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 ou municipal (parágrafo único do art. 28). Por sua vez, a Lei n. 9.882, de dezembro de 1999, que regulamentou a argüição de descumprimento de preceito fundamental, reconheceu o efeito vinculante em suas decisões relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§ 3º do art. 10). Finalmente, a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, sedimentou no plano constitucional o efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e coroou as súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional com igual efeito.

Digno de nota é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da regra da reserva do Plenário (art. 97 da CF). Passou-se a seguir a orientação segundo a qual a decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por uma única vez e em controle concreto, afasta a presunção de constitucionalidade de tais diplomas legais¹³⁶. Com isso, os órgãos fracionários dos demais tribunais não precisam submeter a questão de constitucionalidade aos seus órgãos plenário ou especial, conforme o caso, podendo eles próprios (os órgãos fracionários) fundar suas decisões, em situações ulteriores, no acórdão já proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Essa construção jurisprudencial foi agasalhada pelo próprio legislador com a Lei n. 9.756/98, que introduziu um parágrafo único ao artigo 481 do Código de Processo Civil:

Parágrafo único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Diante do que foi exposto até o presente, cumpre ressaltar três características das súmulas vinculantes que, cotejando com a experiência brasileira antes mencionada, revela que sua criação pode ser vista como um natural resultado de uma trajetória iniciada há muito tempo. Em primeiro lugar, as súmulas vinculantes supõem a construção de um entendimento jurisprudencial de índole constitucional, logo, várias decisões, e nunca

¹³⁶ Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 253-255; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 107.

somente uma, de um tribunal em um mesmo sentido e sobre o mesmo assunto. Em segundo lugar, tal jurisprudência é obra exclusiva do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete a concretização última da Constituição. Por fim, o efeito vinculante nas súmulas representa o caráter obrigatório, formalmente estabelecido, atribuído à jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada questão. Em síntese, a súmula vinculante, essencialmente, encerra uma *jurisprudência constitucional obrigatória desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal*.

Assim, é de se perceber que a instituição das súmulas vinculantes não representa muita novidade no sistema jurídico brasileiro, pois a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, como a de outros tribunais, há muito tempo serve de referência ou diretriz para o julgamento de casos análogos pelas instâncias inferiores. Além disso, e principalmente, nada mais consentâneo com sua posição de guardião de Constituição que a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal deva ser seguida pelas demais instâncias. Pertinente ao caso, a propósito, é a ponderação de André Ramos Tavares:

(...) no campo dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional, não se descarta que, embora não vinculem, na maior parte dos casos, os demais órgãos do Poder Público, a verdade é que exercem verdadeiro modelo, que acaba sendo seguido e acatado espontaneamente, principalmente pelos demais órgãos do Judiciário. Se as decisões nem sempre são dotadas de força jurídica vinculativa, a verdade é que têm funcionado como parâmetro para a atividade dos demais órgãos.¹³⁷

Em Portugal, percebe-se algo idêntico, a partir das observações de Antero Alves Monteiro Diniz:

(...) pode seguramente afirmar-se, que as decisões do Tribunal Constitucional mesmo quando não dotadas de força vinculativa, têm vindo progressivamente a funcionar como instrumento privilegiado nas decisões dos outros tribunais quando chamados a julgar casos paralelos ou afins.¹³⁸

¹³⁷ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 121.

¹³⁸ DINIZ, Antero Alves Monteiro. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre tribunal constitucional e os outros tribunais. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 205-206.

Demais disso, o efeito vinculante, também há longo período, faz parte das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de normas, valendo lembrar que, em tais situações, não é necessária a criação de uma jurisprudência, pois qualquer decisão em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental será dotada de força vinculante. Desse modo, a extensão do efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal não significa nenhuma ruptura com o sistema jurídico, nem, muito menos, uma inovação radical em sua estruturação ou um *salto histórico* no direito brasileiro¹³⁹. Ao contrário, crê-se que o efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal, por demandarem uma prévia construção de jurisprudência constitucional, o que significa a pacificação de entendimento sobre uma causa específica e ampla reflexão em torno dela, repousa sobre uma maior legitimidade, no que diz respeito à segurança jurídica e à estabilidade, do que a vinculação através de decisões isoladas dessa corte. Frise-se, por fim, que a vinculação à jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal se ajusta com sua condição de guardião maior da Lei Fundamental.

2.3 Síntese

Considerando que a própria experiência brasileira já reconhecia força e utilidade à jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal na resolução de casos futuros e que o efeito vinculante está presente nas decisões proferidas por esse Tribunal nas ações de controle abstrato de normas, a súmula vinculante ostenta a junção desses dois elementos, quais sejam, a jurisprudência dominante mais o efeito vinculante. Por isso, ela não deve ser vista como um elemento de ruptura ou de inovação radical no direito brasileiro.

¹³⁹ Nesse sentido, ver: DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n. 100, p. 172 e ss., out./dez. 2000.

3 O ENQUADRAMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

3.1 O conceito de jurisdição constitucional e a importância do efeito vinculante das súmulas do Supremo Tribunal Federal

A consideração de que súmula vinculante se insere nos quadrantes da jurisdição constitucional brasileira exige fixar o sentido da expressão “jurisdição constitucional”.

De certo que a própria existência de uma jurisdição constitucional está voltada para a proteção da Constituição enquanto Lei Fundamental da ordem jurídica. Todavia, percebe-se uma intensa diversidade terminológica no âmbito doutrinário para designar essa finalidade, sendo que algumas locuções apresentam alcances variados. A propósito, depois de expor sua preferência pela expressão “justiça constitucional”, Héctor Fix-Zamudio¹⁴⁰ aponta alguns termos comumente utilizados para se referir aos instrumentos de garantia dos preceitos constitucionais: Carl Schmitt utilizou a expressão “defesa da Constituição”; *control de constitucionalidade* é o termo predominante na França; parte da doutrina italiana utiliza *giurisdizione costituzionale* ou *processo costituzionale*; em um sentido semelhante se utiliza *Verfassungsgerichtsbarkeit* (jurisdição constitucional) na Alemanha e no direito anglo-americano comumente se emprega a locução *judicial review* (revisão judicial).¹⁴¹

A locução *defesa da Constituição* pode ser entendida em um sentido muito amplo, pois, caso se considere a Constituição como um pacto comum da coletividade, resultante de um consenso mínimo, sua tutela interessa a uma pluralidade de agentes. Nesse sentido, não apenas caberia ao Poder Judiciário, ou a um tribunal específico, proteger a Lei Fundamental, como também aos demais poderes públicos e aos vários segmentos sociais.

¹⁴⁰ Para Héctor Fix-Zamudio, justiça constitucional significa “(...) o conjunto de procedimentos de caráter processual, por meio dos quais se confia a determinados órgãos do Estado, a imposição forçosa dos mandamentos jurídicos supremos, àqueles organismos de caráter público que ultrapassaram as limitações, estabelecidas para sua atividade na mesma Carta Fundamental” (*Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968. p. 15 – nossa tradução).

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

Por vezes, a expressão *jurisdição constitucional* é utilizada com um alcance muito curto, pois, como observa Fix-Zamudio, em um sentido estrito, ela abarcaria apenas o estudo das atividades dos tribunais especializados em conhecer e resolver as controvérsias de natureza especificamente constitucional¹⁴². Nessa acepção, a idéia de jurisdição constitucional está associada à existência de um tribunal cuja tarefa exclusiva seja a defesa da Constituição. Portanto, esse tribunal não poderia exercer outras competências ligadas à jurisdição ordinária ao mesmo tempo em que atuasse como garante da Constituição¹⁴³. Essa concepção remonta à tese de Kelsen, segundo o qual a defesa da Constituição deveria caber a um tribunal *ad hoc*, o tribunal constitucional, situado fora da estrutura do Poder Judiciário, e que cumpriria tal desiderato em caráter exclusivo, isto é, não possuiria outra competência senão a de aferir a conformidade, no plano lógico-abstrato, das normas inferiores com as da Constituição, que lhes são hierarquicamente superiores.

Todavia, percebe-se a insuficiência desse conceito restrito de jurisdição constitucional por duas razões. Em primeiro lugar, porque não se pode negar a existência de órgãos especializados, postos no interior da organização judiciária, que exercem jurisdição constitucional. Em segundo lugar, porque nada impede que mesmo os órgãos de cúpula da estrutura judiciária possuam outras competências além das vinculadas ao cumprimento da Constituição. Como exemplo disso, basta referir o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e a Suprema Corte norte-americana, os quais, para certos casos, atuam como cortes revisoras das instâncias inferiores e, em outras situações, agem na defesa da Constituição em sua plenitude, podendo-se referir a eles como Tribunais Constitucionais *lato sensu*. Portanto, a jurisdição constitucional não pressupõe a existência de um tribunal especializado em questões unicamente constitucionais.

¹⁴² FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*, cit., p. 13-15.

¹⁴³ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 145. É essa a acepção de Tribunal Constitucional adotada por Louis Favoreu: “(...) un Tribunal constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos. Un Tribunal supremo o, incluso, la cámara constitucional de un Tribunal supremo pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son Tribunales constitucionales.” (*Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 13).

Seguindo essa linha de raciocínio, emerge a questão de saber se nos sistemas de jurisdição constitucional concentrada, onde, em princípio, o tribunal constitucional detém o monopólio na defesa da Constituição, os demais órgãos jurisdicionais exercem ou não jurisdição constitucional. Em outras palavras, se há ou não, nesses casos, uma divisão radical entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária. O cerne do problema radica na contraposição absoluta, hoje ainda mais discutível¹⁴⁴, entre o modelo concentrado de jurisdição constitucional, de matriz kelseniana, e o modelo difuso de jurisdição constitucional, de matriz norte-americana. Ocorre que, mesmo para os sistemas jurídicos que adotaram o modelo concentrado, não se pode falar com precisão que os demais juízes estão à margem do exercício da jurisdição constitucional. Isso, por outro modo, significa afirmar que o tribunal constitucional não detém o monopólio da defesa judicial da Constituição, bastando lembrar a importante tarefa dos demais juízes na defesa dos direitos fundamentais contra atos infralegais. Nos casos de controle de constitucionalidade, o que comumente é vedado aos juízes e tribunais ordinários é a declaração de nulidade dessas leis, que é de competência exclusiva do tribunal constitucional, mas isso não é o mesmo que dizer que este órgão é o único habilitado para aplicar a Constituição, nem que a concretização da Lei Fundamental apenas opere mediante a fiscalização da legitimidade das leis. Daí a percuciente observação de Garcia de Enterría de que o único monopólio jurisdicional do tribunal constitucional é o monopólio de “rechaço”, isto é, da declaração formal de inconstitucionalidade de uma lei com efeitos *erga omnes* e não de qualquer aplicação da Constituição¹⁴⁵. A esse respeito, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol é esclarecedora:

A distinção entre a jurisdição constitucional e a ordinária não pode ser estabelecida, como às vezes se faz, referindo a primeira ao “plano da constitucionalidade” e a jurisdição ordinária ao plano da “simples legalidade”, pois a unidade do ordenamento e a supremacia da Constituição não toleram a consideração de ambos os planos como se fossem mundos distintos e incomunicáveis. (...) Nem a jurisdição ordinária pode, ao interpretar e aplicar a lei, olvidar a existência da

¹⁴⁴ Ver, dentre outros: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 25 e ss.

¹⁴⁵ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 63-66. Posicionamento semelhante se observa com Pablo Perez Tremps: “Com efeito, inclusive naqueles sistemas de justiça constitucional em que existe um órgão *ad hoc* de justiça constitucional, este atua como fechamento do sistema ou, como muito, como titular exclusivo de alguma competência. Mas a idéia de que a Constituição deve se aplicar em todo tipo de relações jurídicas, e, portanto, em todo tipo de juízo, é uma idéia que foi se tornando realidade e que converte, ao menos potencialmente, qualquer órgão jurisdicional em juiz constitucional.” (La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 35, jan./jul. 2003 – nossa tradução).

Constituição nem pode prescindir a jurisdição constitucional da análise crítica da aplicação que jurisdição ordinária faz da lei, quando tal análise é necessária para determinar se foi vulnerado ou não algum dos direitos fundamentais ou liberdades públicas cuja salvaguarda lhe está atribuída.¹⁴⁶

Se o antagonismo entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária não encontra apoio firme sequer nos países em que se adota o modelo concentrado, por razões mais consistentes ela não resiste onde há o modelo difuso, como ocorre no Brasil. Isso se dá porque, estando todos os juízes e tribunais investidos na competência para pronunciar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos, ainda que essa competência esteja restrita ao caso concreto e deva ser exercida considerando a questão de inconstitucionalidade como pré-judicial, o fato é que todo juiz também se torna, desse modo, juiz constitucional. A existência do modelo difuso assegura, dessa maneira, uma participação mais sólida de todos os juízes e tribunais na implementação da Constituição.

Todavia, poder-se-ia objetar, como procede André Ramos Tavares, que o conceito de jurisdição constitucional mais se aproxima dos aspectos processuais da tomada de decisão, segundo o rito judicial, com vistas à proteção da Lei Fundamental. A crítica a esse sentido de jurisdição constitucional consiste em que estariam fora de seu âmbito relevantes questões como, por exemplo, a natureza política ou jurídica do tribunal constitucional e sua legitimidade democrática, dentre outras. Por essa razão, o autor prefere o termo “justiça constitucional”, na medida que, por ser mais abrangente que “jurisdição constitucional”, é mais adequado para os fins de se desenvolver uma *teoria* da defesa da Constituição realizada pelo tribunal constitucional em sentido amplo, isto é, não apenas um órgão especializado na defesa da Constituição, mas também um órgão que, mesmo conjugando esse mister com outras competências, consiste na última instância decisória no cumprimento da Constituição¹⁴⁷. Entretanto, percebe-se que há na doutrina quem maneje

¹⁴⁶ Sentença de 5 de maio de 1984. (LAVILLA, Landelino, *Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo*, cit., 56-57).

¹⁴⁷ Essa é a opinião de André Ramos Tavares, para quem: “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*, cit., p. 146).

ambas as expressões referidas (jurisdição constitucional e justiça constitucional) sem que uma tenha necessariamente um alcance mais reduzido que a outra, inclusive abordando os temas que o citado autor entende não acobertados pela locução “jurisdição constitucional”¹⁴⁸. Mesmo assim, é de bom alvitre evitar o uso de expressões distintas para designar a mesma realidade, devendo-se optar por uma expressão que busque uniformizar o discurso aqui empreendido.

Quando o autor mencionado se refere à justiça constitucional, ele tem em mente apenas a atividade desenvolvida pelo tribunal constitucional ou por uma suprema corte que atue como última instância na defesa da Constituição, ou seja, o foco de suas atenções é o órgão que realiza a justiça constitucional em caráter definitivo e com alcance geral.¹⁴⁹

Pois bem, compreende-se que as preocupações recaiam principalmente sobre o órgão que profere a última palavra em termos de interpretação da Constituição. Certamente que, em virtude dessa posição singular ocupada pelo tribunal constitucional, aparecem com maior nitidez os problemas relativos à sua legitimidade democrática, às suas funções e, em última análise, aos próprios limites de sua atuação em um regime democrático.

Nada obstante, no presente trabalho, será utilizado o termo jurisdição constitucional, referindo-se, de um modo geral, a todo procedimento judicial que aplica e concretiza a Constituição¹⁵⁰. Nessa acepção, incluem-se a jurisdição constitucional difusa e

¹⁴⁸ Ver, entre outros: TREMPS, Pablo Perez, *La justicia constitucional en la actualidad*. Especial referencia a América Latina, cit., p. 35 e ss.; GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 63 e ss.; BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. *Estudos Avançados*, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, v. 18, n. 51, p. 127 e ss., maio/ago. 2004; AGRA, Walber de Moura, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 143 e ss.; BRITO, José de Sousa e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*. In: *LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 28 a 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39; CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 23.

¹⁴⁹ “Relevante para os fins de composição de uma teoria da Justiça Constitucional, será a atuação do Tribunal Constitucional. Nos casos de modelos que admitem a outros tribunais e magistrados o controle da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional representará a última instância (normalmente recursal). O estudo focado no Tribunal Constitucional não significa depreciar esses modelos, mas apenas ressaltar a instância decisória definitiva, que realiza Justiça Constitucional com alcance geral.” (TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 152).

¹⁵⁰ Parece ser essa a acepção acolhida por Teori Albino Zavascki, pois, mesmo separando as situações em que há apreciação da legitimidade de normas pelos tribunais daquelas em que há aplicação direta das normas constitucionais aos casos concretos, ressalta que nas duas situações “há exercício de jurisdição constitucional porque a procedência ou não do pedido formulado pelo demandante supõe interpretação e aplicação da Constituição” (*A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 25 – destaque nosso).

concentrada, concreta e abstrata, por via de ação e por via de exceção, *a priori* e *a posteriori*, realizada por órgão especial ou não. Com efeito, haja vista que nosso objeto de estudo (súmulas vinculantes) compreende predominantemente aspectos procedimentais e técnicos do cumprimento judicial da Constituição, o emprego da expressão jurisdição constitucional parece mais adequado.

Cumpra observar que alguns tentam esclarecer a amplitude desse conceito a partir da análise das funções específicas que a jurisdição constitucional desempenha em sua práxis¹⁵¹. Assim, ela não se restringe apenas ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Por outro falar, a implementação da Constituição não se realiza só através da aferição da legitimidade, formal e material, das normas emanadas dos entes estatais, ainda que essa continue sendo uma de suas mais importantes funções. A idéia de jurisdição constitucional é mais ampla que a de controle de constitucionalidade, sendo esta apenas uma das várias formas de manifestação daquela¹⁵². Destarte, a jurisdição constitucional igualmente atua na defesa e concretização dos direitos e garantias fundamentais, na solução dos conflitos entre os poderes constituídos e entre as ordens parciais do Estado¹⁵³, ainda que o cumprimento dessas funções se efetue, não raras vezes, mediante controle de normas. Em todo caso, vê-se que todas elas reconduzem ao procedimento judicial de aplicação da Constituição.

A acepção de jurisdição constitucional aqui assumida, já que inclui uma pluralidade de órgãos judiciais, não descarta da peculiar posição que ocupa o órgão máximo na aplicação da Constituição, antes a leva em conta. Com efeito, em um modelo como o brasileiro, em que todos os juízes são juízes constitucionais e podem, portanto,

¹⁵¹ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, cit., p. 341 e ss.

¹⁵² Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, v. 13/15, p. 113, de./dez. 1978/1979; CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 23; TAVARES, André Ramos, *Tribunal e jurisdição constitucional*, cit., p. 106; AGRA, Walber de Moura, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*, cit., p. 21.

¹⁵³ Por isso foi feliz a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao deslocar, das hipóteses de cabimento do recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça para as do recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, as causas envolvendo conflitos entre lei local e lei federal (art. 103, III, “b” da CF). Ora, a resolução desses conflitos exige saber qual ente federativo tem competência para criar lei sobre determinado assunto. Trata-se de casos em que são discutidos os respectivos âmbitos de atuação, fixados constitucionalmente, dos membros da Federação brasileira, matéria, portanto, afeta ao órgão que tem atribuição para dizer a última palavra sobre a Constituição.

fundamentar suas decisões diretamente na Constituição, inclusive afastando a aplicação de normas contrárias a ela em litígios judiciais, faz-se necessário conferir ao tribunal constitucional mecanismos que viabilizem conferir unidade à sua interpretação para evitar uma indesejável disparidade de sentidos atribuíveis ao texto constitucional, impedindo, com isso, uma “duplicação” de Constituições.¹⁵⁴

Essa necessidade decorre de uma alteração de paradigmas provocada com o advento do Estado Constitucional. O pressuposto da normatividade e o da superioridade da Constituição se refletem no restante do ordenamento jurídico, que deve convergir para a Lei Maior. Assim, diante do quadro de hipertrofia legislativa, a elevada gama de leis e atos normativos não pode ser interpretada sem antes ter recebido o influxo da Constituição. Nesse sentido, a Constituição acaba se tornando um referencial para a promoção de uma relativa unidade normativa no sistema jurídico, na medida que a interpretação das leis em geral deve caminhar para onde ela aponta. Em suma, a Constituição se apresenta como um elemento uniformizador do ordenamento jurídico. Essa função uniformizadora exige um órgão, o tribunal constitucional, capaz de determinar a sua interpretação última, superando a manutenção de entendimentos divergentes sobre o sentido e alcance dos preceitos constitucionais. Como expõe María Luisa Bolaguer Callejón:

O tribunal intervém, assim, de maneira decisiva, na definição das regras sobre a interpretação do direito, orientando aos demais tribunais não só sobre o direito aplicável, senão também sobre a forma de aplicar o direito: sobre as condições e as determinações que devem reger a interpretação das normas. Naturalmente, para assegurar o cumprimento destas funções, o ordenamento deve prever uma vinculação especial entre a jurisprudência do tribunal constitucional e o resto dos demais aplicadores do direito, em especial o poder judicial.¹⁵⁵

No contexto das súmulas vinculantes, tais observações assumem especial relevo. De fato, se é franqueado o exercício da jurisdição constitucional a vários órgãos distintos, é natural que surjam interpretações variadas não apenas sobre o sentido dos preceitos constitucionais, como também das leis e atos normativos perante a Constituição,

¹⁵⁴ É o que alerta André Ramos Tavares, ao afirmar que: “Se se admite que diversos sejam os órgãos oficiais a concretizarem a Constituição, deve-se promover um adequado ‘entrosamento’ entre eles, por meio de um Tribunal Constitucional com competência enquanto vértice de todo o sistema, expressão máxima e fechamento da Justiça Constitucional.” (*Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 152-153). Trilhando o mesmo percurso, ver: TREMPES, Pablo Perez, *La justicia constitucional en la actualidad*. Especial referencia a América Latina, cit., p. 36.

¹⁵⁵ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, cit., p. 156-157.

ocasionando o surgimento de discrepâncias judiciais. Daí a importância de um entendimento uniformizante da Constituição, sedimentado pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. É precisamente esse o caso das súmulas vinculantes, que exigem, como um dos requisitos para a sua criação, a existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública que acarrete grave insegurança jurídica (art. 103-A, § 1º da CF). Assim, para se superar esse inevitável quadro de insegurança jurídica e de “duplicidade” de Constituições, sobressai o efeito vinculante atribuído às súmulas criadas pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa situação, o Supremo Tribunal Federal atua como órgão que “fecha” a jurisdição constitucional brasileira, do que decorre o necessário acatamento, pelas demais instâncias, da interpretação constitucional consolidada, jurisprudencialmente, por essa corte.

Portanto, a observância da interpretação jurídico-constitucional fixada pelo Supremo Tribunal Federal em súmula vinculante atua no sentido de prestigiar a segurança jurídica e a aplicação isonômica do direito, buscando uniformizar a exegese constitucional. Cuida-se, em síntese, de instrumento que pretende impedir tratamento discriminatório para situações iguais na aplicação da Constituição.

3.2 Súmula vinculante como elo de aproximação entre a jurisdição constitucional difuso-concreta e a abstrato-concentrada

Como se pode perceber a partir de seus contornos, as súmulas estabelecem uma ponte que conecta a jurisdição constitucional difuso-concreta à concentrado-abstrata no Supremo Tribunal Federal. De fato, elas se aproximam do modelo difuso-concreto, na medida que um de seus pressupostos é a existência de divergência atual sobre matéria constitucional entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública. Essa divergência necessariamente emergirá de litígios judiciais apreciados por qualquer juízo ou tribunal do país. Desses litígios judiciais, em que se discutirão a interpretação, a validade ou eficácia de atos normativos, é comum surgirem vários entendimentos acerca de uma mesma questão jurídica à luz da Constituição. Instaura-se, com isso, a insegurança jurídica, que se materializa na jurisprudência lotérica.

Pois bem, é para eliminar essa insegurança jurídica que, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional em discussão, o Supremo Tribunal Federal poderá criar súmulas com efeito vinculante. É nesse ponto que elas se aproximam, por sua vez, do modelo abstrato-concentrado de jurisdição constitucional, pois, por obra de tal efeito, o entendimento consolidado dessa corte atinge todos os indivíduos que estão em idêntica situação jurídica e obriga os demais juízes e a Administração pública a respeitar sua jurisprudência constitucional. A súmula vinculante, portanto, realiza um trânsito do modelo difuso-concreto para o concentrado-abstrato. Fica claro, desse modo, que o efeito vinculante das súmulas não é diferente, substancialmente, daquele que está presente nas decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos. Tal efeito é característico do modelo concentrado no Brasil.

No caso das súmulas vinculantes, demanda-se o efetivo exercício da jurisdição constitucional difuso-concreta pelos juízes e tribunais, não sendo procedente a crítica de que através delas se estaria criando um entendimento jurisprudencial “de cima para baixo”. Nesse sentido, pode-se dizer que a súmula é *vinculada* à instauração da jurisdição constitucional difuso-concreto. Ademais, igualmente não se deve afirmar que elas são responsáveis pela extinção desse modelo de jurisdição constitucional. Ao revés, elas o exigem para poderem ser elaboradas. Levando isso em conta, há quem tenha revisto posição anterior contrária às súmulas vinculantes. É o caso do magistrado Antônio Souza Prudente, que expõe:

Sempre fui contrário à idéia de criação de uma súmula vinculante, autoritária, totalmente desgarrada do tecido da jurisprudência criativa e difusa de nossos juízos singulares e tribunais de apelação, a ponto de engessá-los no engenho de sua autonomia e livre convicção. Vejo, agora, porém, que o *texto normativo da súmula vinculante prestigia o Estado Democrático de Direito, enquanto brote da fermentação jurisprudencial do controle difuso, após reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada, inibindo a pulverização de ações sobre questões idênticas, descongestionando, assim, os tribunais e evitando a grave insegurança jurídica no meio social. (...) A súmula vinculante, que se incorpora ao texto normativo da Constituição Federal em vigor, através da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, desenganadamente, é súmula vinculada às energias do nosso controle difuso de constitucionalidade, que afasta a arrogância de um suposto direito autoritário.*¹⁵⁶

¹⁵⁶ PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, ano 9, n. 34, p. 656, out./dez. 2004 – destaques no original.

É precisamente pelo fato de as súmulas vinculantes emergirem do exercício da jurisdição difuso-concreta que se faz indispensável atribuir caráter cogente à jurisprudência constitucional sumulada do Supremo Tribunal Federal, já que ela busca coibir a insegurança jurídica provocada pela divergência hermenêutica entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública. Aproxima-se dessa divergência, no que se refere à necessidade de fixar uma orientação interpretativa para superá-la, aquela que é pressuposto para ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, uma vez que essa supõe, para ser ajuizada, uma controvérsia judicial acerca da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal¹⁵⁷. O denominador comum, portanto, entre as súmulas e a ação declaratória de constitucionalidade é a possibilidade daquelas serem criadas sob o pressuposto de relevante divergência judicial. Por isso, de todo cabível ao tema das súmulas vinculantes, é o argumento do Ministro Sepúlveda Pertence, referindo-se àquela modalidade de ação:

(...) esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não, apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.¹⁵⁸

¹⁵⁷ De acordo com a Lei n. 9.868/99, o autor deverá indicar na própria petição inicial a “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III). No julgamento da ADC n. 8, (Rel. Celso de Mello), ficou entendido que: “O ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade, que faz instaurar processo objetivo de controle normativo abstrato, supõe a existência de efetiva controvérsia judicial – fundada em razões jurídicas idôneas e consistentes – em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal. Sem a observância desse pressuposto de admissibilidade, torna-se inviável a instauração do processo de fiscalização normativa *in abstracto*, pois a inexistência, em grandes proporções, de pronunciamentos judiciais antagônicos culminaria por converter a ação declaratória de constitucionalidade em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, descaracterizando, por completo, a própria natureza jurisdicional que qualifica a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação que torna imprescindível a comprovação liminar, pelo autor da ação declaratória de constitucionalidade, da ocorrência, em proporções relevantes, de dissídio judicial, cuja existência – precisamente em função do antagonismo interpretativo que dele resulta – faça instaurar, ante a elevada incidência de decisões que consagram teses conflitantes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz de gerar um cenário de perplexidade social e de provocar grave incerteza quanto à validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.” (*Informativo STF*, n. 160).

¹⁵⁸ STF – ADC-QO n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 05.11.1993.

Consoante já visto, com a expansão dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente através da ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental, as decisões do Supremo Tribunal Federal em todas essas ações já são dotadas de força vinculante. Por isso, convém reiterar que o efeito vinculante, a partir da Constituição atual, passou a ser instrumento característico das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de jurisdição constitucional concentrada. Assim, o efeito vinculante, quando agregado às súmulas, enquadra-as, em parte, no âmbito geral do modelo concentrado do Brasil, já existente e assaz conhecido.

Esse efeito das súmulas, que nada mais é que dotar a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal de força obrigatória, assume considerável relevância no sistema de jurisdição constitucional adotado no Brasil, que, desde a primeira Carta republicana, incorporou o modelo difuso-concreto, mantido até a atualidade. Para ficar mais clara a relevância das súmulas vinculantes, mister conhecer as hipóteses materiais em que elas poderão ser elaboradas.

3.3 Âmbito de atuação das súmulas vinculantes: “validade, eficácia e interpretação de normas determinadas”

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 103-A da Constituição Federal, a divergência entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública, para ensejar a criação de súmula vinculante, deve dizer respeito à validade, à eficácia e à interpretação de determinadas normas. Será esse o seu campo de atuação no direito brasileiro. O texto da Emenda Constitucional n. 45/2004, contudo, não veiculou nenhum significado específico do que deveria ser entendido por validade, eficácia e interpretação, para fins de elaboração de súmula vinculante. Todavia, esses conceitos, como se sabe, povoam o âmbito da teoria geral do direito, constituindo objeto de discussão doutrinária há longa data.

Convém observar que, no contexto das súmulas vinculantes, a elucidação do sentido dessas expressões deve considerar que a divergência diz respeito necessariamente a *matéria constitucional*, pois é sobre esse conteúdo que o Supremo Tribunal Federal deverá

proferir *reiteradas decisões* (art. 103-A, *caput* da CF). Dessa maneira, poderão ser criadas não apenas súmulas vinculantes referentes, de forma direta, a normas constitucionais, como também a normas infraconstitucionais, quando contrastadas com a Constituição¹⁵⁹. Portanto, afasta-se a idéia de que, simplesmente por envolver *matéria constitucional*, as súmulas só podem ser editadas com base única e exclusivamente nas normas da Constituição.¹⁶⁰

Nesse sentido, os conceitos de validade, interpretação e eficácia, para fins de criação de súmula vinculante, deverão guardar conexão direta com determinada matéria constitucional. Crê-se, por isso, que estão excluídas controvérsias sobre atos e preceitos infralegais em face do diploma legal em que se fundamentam, pois, nessas situações, apenas reflexa e indiretamente atingem matéria constitucional. Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, manifestou-se no sentido de que não admite recurso extraordinário quando a alegada violação à Constituição, caso existisse, apenas ocorreria de modo reflexo e indireto¹⁶¹, seria incongruente sustentar a criação de súmulas vinculantes com base nessas controvérsias, se o próprio órgão competente para criá-las não conhece daqueles litígios.

Pois bem, no que tange à validade, sabe-se que, na linha do pensamento kelseniano, quando se diz que uma norma é válida, quer-se afirmar que ela *pertence* a determinado sistema normativo, ou seja, que ela foi introjetada no ordenamento. Vê-se, então, que Kelsen confunde os planos da existência e da validade. Assim, dizer que uma norma existe e, portanto, pertence a um dado sistema normativo, significa que ela é válida, enquanto não vier a ser eliminada por outra norma:

¹⁵⁹ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Samantha Meyer Pflug se expressaram: “Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre a interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais.” (Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). *Reforma do Judiciário. Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 345).

¹⁶⁰ É o que sustenta Gustavo Santana Nogueira, ao discorrer sobre os requisitos para a criação das súmulas vinculantes: “Parece ainda que há um outro requisito, não enumerado por nós acima, qual seja a súmula ainda teria que ser editada com objetivos específicos, a saber: validade, interpretação e eficácia *não de determinadas normas, como prevê o parágrafo 1.º do artigo 103-A da CRFB, mas sim de normas constitucionais.*” (Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 273 – destaque nosso).

¹⁶¹ Ver, dentre outros: AI-AGR n. 601243/RJ, rel. Min. Eros Grau, *DJU*, de 19.12.2006; AI-AGR n. 604737/PA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 07.12.2006; RE-AGR n. 220782/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU*, de 07.12.2006; AI-AGR n. 564963/BA, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU*, de 19.12.2006.

A afirmação de que uma lei válida é “contrária à Constituição” (anticonstitucional) é uma *contradictio in adjecto* (...). De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela.
162

No entanto, entende-se que os planos da validade e da existência se apartam, sendo conceitos distintos, afastando-se aqui da proposta kelseniana. Para que uma norma possa ser reputada válida, faz-se mister que ela exista primeiramente. A validade se refere à conformidade da norma às demais regras e princípios que presidem a sua produção. Nessa perspectiva, apenas se poderá falar em validade após se reconhecer a existência da norma, que se afigura como uma questão prévia. Assim, não há sentido em discorrer sobre validade ou invalidade daquilo que não existe juridicamente. Dessa maneira, uma norma pode existir e ser válida, bem como existir e ser inválida, no caso de ser incompatível com as normas superiores do ordenamento jurídico.¹⁶³

Quando referida ao plano das normas veiculadas através das leis e atos normativos em geral, a validade significa a sua adequação, tanto do ponto de vista formal quanto do material, com as normas constitucionais, ou seja, sua constitucionalidade. Logo, tem-se que a inconstitucionalidade, enquanto um vício ou um defeito da norma, supõe a sua existência.

Diante desse sentido de validade, e aplicando-o à problemática das súmulas vinculantes, entende-se que a mencionada divergência jurídica quanto à validade de normas dirá respeito basicamente à sua constitucionalidade, uma vez que deve envolver “matéria constitucional”. Isso significa que alguns juízes estariam, no exercício de controle difuso-concreto, reputando determinada norma inconstitucional e outros estariam considerando essa mesma norma constitucional¹⁶⁴. Deve-se fazer a ressalva de que

¹⁶² KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 287 – destaque nosso.

¹⁶³ Assumindo a diferença entre existência e validade, ver: TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.062; RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 9; e Marcelo Neves, que usa o termo “pertinência” no lugar do que aqui se denomina “existência” (*Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 42).

¹⁶⁴ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luis. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Coordenação de Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 164.

divergência dessa natureza não poderá recair sobre normas originárias da Constituição, haja vista que, em relação a elas, não se pode discutir a própria constitucionalidade.¹⁶⁵

Além disso, esse campo de atuação das súmulas vinculantes (validade) será fértil para o manejo das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, de modo que o Supremo Tribunal Federal poderá fixar o sentido compatível de um texto legal diante da Constituição ou rejeitar aqueles dela destoantes.¹⁶⁶

Em relação à eficácia, normalmente se distinguem duas modalidades: a jurídica e a social. A eficácia jurídica de uma norma se refere à aptidão para a propagação de efeitos jurídicos, ou seja, à sua aplicabilidade. Não se questiona, ainda, se tais efeitos são *realmente* produzidos no mundo dos fatos. Interessa, pois, saber se a norma tem, tão-somente, a aptidão para desencadeá-los. Como essa aptidão admite graus, a eficácia jurídica de uma norma também é variável¹⁶⁷. A eficácia social ou efetividade diz respeito à concreta realização de seus efeitos no mundo fenomênico, isto é, ao fato de ela ser realmente aplicada ou observada¹⁶⁸. Desse modo, aquilo que era meramente potencial na eficácia jurídica torna-se real na eficácia social. É, pois, a realização do direito, sua materialização.¹⁶⁹

No caso das súmulas vinculantes, é pouco provável que se instaure divergência judicial sobre a eficácia social ou efetividade de alguma norma com base direta na Constituição, já que ela deveria envolver aspectos sociológicos de concretude da própria norma, como, por exemplo, se ela caiu em desuso. Assim, não trataria propriamente de

¹⁶⁵ “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida.” (STF – ADI n. 815, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 18.05.1996).

¹⁶⁶ Nesse sentido: LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do Poder Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 315.

¹⁶⁷ Ver: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, cit., p. 199; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 84.

¹⁶⁸ NEVES, Marcelo, *Teoria da inconstitucionalidade das leis*, cit., p. 51.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.

matéria jurídico-constitucional, mas sim da verificação de uma gradual desvalorização social da norma, sendo, por isso mesmo, uma hipótese não muito comum.¹⁷⁰

Por outro lado, é possível verificar discussões acerca da possibilidade de aplicação direta de certos comandos constitucionais sem intermediação legislativa concretizadora, ou seja, acerca do grau de sua eficácia jurídica. Interessante, a propósito, a questão sobre a norma que assegura o direito de greve aos servidores públicos civis (art. 37, VII da CF). O Supremo Tribunal Federal havia sedimentado entendimento no sentido de que o exercício desse direito depende da edição de instrumento legislativo, considerando, dessa forma, a norma constitucional como de eficácia limitada (acolhendo, ademais, a classificação bastante difundida de José Afonso da Silva¹⁷¹):

O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em conseqüência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida expressamente pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público não basta – ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do artigo 37, VII, da Constituição – para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política.¹⁷²

Recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal, rediscutindo a questão nos Mandados de Injunção ns. 670 e 712, acenou para uma possível mudança de interpretação do enunciado constitucional em tela. Alguns ministros têm sustentado a aplicação da Lei n. 7.783/89, que regulamenta o direito de greve no setor privado, aos servidores públicos civis, enquanto o Congresso Nacional não editar lei específica para essa categoria¹⁷³. Assim, seria possível, atendidos os demais requisitos, criar súmula vinculante tendo como conteúdo a nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no que tange à eficácia da norma constitucional extraída do artigo 37, VII da Constituição, ou seja, que enquanto inexistir lei específica, o direito de greve dos servidores públicos civis será exercido de acordo com a Lei n. 7.783/89.

¹⁷⁰ É o caso do crime de adultério previsto no artigo 240 do Código Penal. A revogação desse tipo penal pela Lei n. 11.106/2005 apenas formalizou sua inoperância diante da realidade brasileira contemporânea.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit.

¹⁷² STF – MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, de 22.11.1996.

¹⁷³ Ambos os mandados de injunção não foram definitivamente julgados, em razão de pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.

Ainda no que toca à eficácia jurídica, poderia haver discussão no que tange à aplicabilidade de lei no tempo, como, por exemplo, para assegurar o respeito à anterioridade em matéria tributária (art. 150, III, “b” e “c” da CF).

No que diz respeito à interpretação, não se pode deixar de reconhecer, à primeira vista, certa estranheza na sua alocação ao lado de “validade” e “eficácia” das normas, pois a atividade interpretativa, diferentemente daquelas categorias, não se trata de um dos planos de manifestação dos atos jurídicos em geral. Nesse sentido, a interpretação é um processo prévio (e necessário) à conclusão pela validade ou invalidade ou pelo maior ou menor grau de eficácia de uma norma. Em outras palavras, só se pode dizer, por exemplo, que uma norma é constitucional ou inconstitucional após a atividade interpretativa. Compreendida a questão dessa forma, seria mesmo desnecessário que a Emenda Constitucional n. 45/2004 falasse em “validade” e “eficácia”, pois a referência à “interpretação” já seria suficiente para abranger essas duas categorias.

Não obstante, há quem entenda que a inserção do termo “interpretação” serve para a criação de súmulas vinculantes quando a divergência hermenêutica já tenha ultrapassado o questionamento sobre a validade de uma norma¹⁷⁴. Em outras palavras, a desarmonia na práxis jurídica envolveria duas ou mais interpretações igualmente válidas de um mesmo texto normativo em face da Constituição. Nessa situação, seria possível inserir as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.¹⁷⁵

Todavia, salvo a hipótese de a divergência abarcar apenas alternativas hermenêuticas afinadas com a Constituição (interpretações válidas), o manejo predominante dessas técnicas se faz exatamente no âmbito do controle de validade de normas, pois o Tribunal, no caso de interpretação conforme, estabelece, dentre outros significados possíveis que o texto legal comporta, aquele que o compatibiliza com a Constituição, evitando a pronúncia de inconstitucionalidade, enquanto que na declaração

¹⁷⁴ É o que observa Lenio Luis Streck: “(...) quando o parágrafo único alude à expressão ‘interpretação de normas sobre as quais haja controvérsia’, quer se referir, certamente, a dispositivos legais que, não interpretados como inconstitucionais (porque, se assim o fosse, a discussão se restringiria à validade), receberam de diversos tribunais sentidos diferentes, todos, entretanto, apontando para a não-invalidação de todo o dispositivo ou de parte do mesmo.” (*Comentários à reforma do Poder Judiciário*, cit., p. 165).

¹⁷⁵ *Ibidem*, mesma página.

parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, exclui-se uma ou mais hipóteses possíveis de aplicação do texto legal, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade¹⁷⁶. Mais claramente, mesmo no caso de utilização das referidas técnicas de decisão, o que se dá é a interpretação jurídica como pressuposto necessário para a determinação de significados válidos e inválidos de textos normativos infraconstitucionais em face da Constituição, conforme a técnica utilizada. Portanto, não se deve estabelecer uma linha divisória absoluta entre a divergência relativa à *validade* e à *interpretação* para fins de construção das súmulas vinculantes, pois que a primeira exige a segunda como atividade preliminar, a não ser, reitere-se, no caso em que se discutam apenas interpretações válidas da lei diante da Constituição.

Porém, cumpre apontar duas relevantes situações em que a hipótese de divergência *interpretativa* em matéria constitucional não diz respeito nem à validade nem à eficácia de normas. A primeira delas trata da recepção ou não pela atual Constituição das normas a ela anteriores, fenômeno que atinge o plano da existência das normas legais¹⁷⁷. Isso ocorre porque, com o advento de uma nova Carta Fundamental, todo o direito pré-constitucional deve passar por uma “releitura” diante dos preceitos nela fincados, podendo surgir daí discrepâncias judiciais. Desse modo, permite-se a abertura de uma nova área para a criação de súmulas vinculantes, considerando que a discussão sobre o fenômeno da recepção de leis anteriores à Constituição é, indiscutivelmente, matéria constitucional e carece, em caso de divergência, de uniformização de entendimento pelo seu intérprete máximo.

¹⁷⁶ “Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* (*Anwendungsfälle*) do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 354-355 – destaques no original).

¹⁷⁷ Supõe-se, portanto, que as normas não recepcionadas pela nova Constituição são tidas por inexistentes. Para os que situam o fenômeno da recepção de leis no campo da *eficácia*, não haveria maiores problemas em fundamentar a possibilidade de criação de súmulas vinculantes para superar divergência atinente à aplicação do direito pré-constitucional à luz da nova Constituição, já que a própria Emenda Constitucional n. 45 alude a essa hipótese. Logo, mesmo considerando a recepção um fenômeno que atinge a existência ou a eficácia das leis, de um modo ou de outro, é viável estabelecer súmula vinculante a respeito das leis anteriores à Constituição, vez que as duas hipóteses foram previstas pela Emenda Constitucional n. 45.

A segunda situação de divergência diz respeito à interpretação dos próprios enunciados constitucionais originários, não havendo, nesse caso, nenhum contraste das normas infraconstitucionais em face dos primeiros. Em outras palavras, o dissídio recai diretamente sobre o sentido e alcance dos preceitos da Constituição tal como elaborada pelo constituinte originário, sem envolver, consoante dito, a questão de sua validade, por incabível, nem o de sua eficácia, pois essa constitui hipótese diversa.

Percebe-se que o legislador conferiu uma considerável margem para a criação de súmulas vinculantes, de modo que não seria exagerado afirmar que, em sua edição, preponderará, como condição suficiente, a divergência interpretativa em matéria constitucional, sobre a qual o Supremo Tribunal Federal deverá se manifestar em um mesmo sentido diversas vezes, deixando-se mesmo em segundo lugar o plano (existência, validade ou eficácia) da norma afetado diretamente na discussão.

3.4 A súmula vinculante e a jurisdição constitucional difuso-concreta

Como se sabe, sob a influência de Rui Barbosa, a Constituição de 1891¹⁷⁸ introduziu no direito brasileiro o controle difuso-concreto de constitucionalidade das leis, permitindo a todo órgão judicial *conhecer e decidir*¹⁷⁹, em caráter incidental, a arguição de inconstitucionalidade de uma lei, tendo sua decisão efeitos restritos às partes desse mesmo caso (*inter partes*). Cuidava-se de um modelo inspirado na *judicial review* norte-americana.

No entanto, se ao mesmo tempo se permitiu que todo juiz confrontasse uma lei com a Constituição, a importação do modelo estadunidense não conduziu à inserção de mecanismo equivalente ao *stare decisis*, através do qual a Suprema Corte norte-americana uniformiza a interpretação jurídica, devendo sua orientação ser acatada pelas demais instâncias. Assim, com a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte, aquela simples não-aplicação, restrita ao caso concreto sob exame, acaba “por

¹⁷⁸ Artigo 59, III, parágrafo 1º, “b” da Constituição Federal de 1891.

¹⁷⁹ Ver: SILVA, José Afonso da, *Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina*, cit., p. 122; CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 70.

agigantar os próprio efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional”¹⁸⁰. Dessa maneira, só aparentemente essa decisão produz efeitos unicamente no caso em apreço, pois, por força do mecanismo do *stare decisis*, aquilo que era limitado ao caso concreto e não obrigatório para as demais instâncias, atinge a todos.

O sistema brasileiro, ao contrário, adotou, com a mencionada Constituição, um modelo que se pode dizer *puro* de controle de constitucionalidade difuso-concreto. Por isso, todas as decisões sobre a legitimidade de normas valem apenas para um único caso, de modo que mesmo a decisão do Supremo Tribunal, órgão de máximo da jurisdição constitucional, encontra-se desprovida de força para se impor sobre os outros juízes e tribunais. Nesse cenário, tem-se a situação iníqua em que a uma mesma norma é inválida para uns e permanece válida para outros.

Um modelo como esse apresenta o grave inconveniente de propiciar forte insegurança jurídica, na exata medida que alguns juízes poderiam entender que certa norma é válida, ao passo que outros poderiam chegar a conclusões diametralmente opostas em relação à mesma norma. E esse quadro de insegurança persistiria, em razão de não existir um mecanismo para fixar a interpretação definitiva sobre a questão objeto de divergência. Isso gera um indesejável conflito permanente entre órgãos judiciais e provoca incerteza no direito, pois, nem mesmo reiteradas decisões da Corte Suprema (no caso, o Supremo Tribunal Federal) em um mesmo sentido poderiam impedir que outros órgãos decidissem de forma contrária¹⁸¹. Daí a necessidade de se harmonizar a decisão da inconstitucionalidade, circunscrita a um único caso concreto, com as exigências dos postulados da isonomia, que não coaduna com tratamentos diferenciados diante de uma mesma lei para situações idênticas, e da segurança jurídica.¹⁸²

A ausência de criação de um instrumento semelhante ao *stare decisis* sob a égide da Constituição de 1891 pode ser compreendida pelos seguintes fatores. Em primeiro

¹⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 82. Ver também: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 44-45.

¹⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 81-82.

¹⁸² ZAVASCKI, Teori Albino, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 26.

lugar, porque prevaleceu o entendimento segundo o qual atribuir força vinculante a uma decisão do Supremo Tribunal Federal representaria a implantação, em nosso sistema, da doutrina do precedente obrigatório (*stare decisis*), que não encontra apoio em nosso costume constitucional, na falta de texto expresso a respeito¹⁸³. Em segundo lugar, porque, em razão da influência das idéias liberais européias, prevalecia a opinião de que a produção normativa deveria permanecer nas mãos do legislador, em virtude de sua supremacia, cabendo ao Judiciário apenas proferir decisões que não extrapolassem os limites do caso concreto sob exame. Some-se, ainda, a ausência, à época em que apareceu a primeira Carta republicana, de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade das leis em sistemas jurídicos europeus que mais de perto exerceram influência no direito brasileiro, tais como o francês, o italiano e o português. Todos esses sistemas pertencem, tal como o brasileiro, à família romano-germânica, contribuindo para a manutenção da idéia liberal de produção normativa nas mãos do legislador.¹⁸⁴

Daí, com a Carta de 1934, tentou-se atenuar os problemas decorrentes do modelo puro de jurisdição difuso-concreta através da criação da competência do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵. Tal atribuição permitia a generalização da pronúncia de inconstitucionalidade daquela corte, dotando-a de eficácia *erga omnes*. Com isso, visava-se diminuir os trabalhos dos órgãos judiciários, evitando que eles tivessem que decidir novamente, em cada caso que fossem chamados a julgar, sobre a constitucionalidade de uma lei já reputada inválida pelo Supremo Tribunal Federal e suspensa pelo Senado.¹⁸⁶

Nada obstante, a criação dessa competência para o Senado, por não ter sido atribuída ao próprio Supremo Tribunal Federal, revela uma determinada concepção de

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *A teoria das constituições rígidas*, cit., p. 183.

¹⁸⁴ Nesse sentido: LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, Reflexões sobre as súmulas vinculantes, cit., p. 301. Acrescenta Sérgio Resende Barros: “Não foi só a índole romanística que tolheu o *stare decisis* no Brasil. Também, aquela distribuição democrática do poder de controlar, promovida pela própria Constituição Federal, desde o início da república, contribuiu para inibir o despontar na federação brasileira de uma jurisprudência constitucional vinculante, similar à norte-americana. A essa inibição ainda se aliou outro fator: a necessidade de preservar a separação dos poderes. No todo, um complexo de causas levou a afastar da corte constitucional brasileira não somente o *stare decisis*, mas qualquer outro meio de generalizar *erga omnes* a inconstitucionalidade verificada *inter partes*. (O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 166, jan./jun. 2003).

¹⁸⁵ Artigos 91, IV c.c. o artigo 96 da Constituição Federal de 1934.

¹⁸⁶ BANDEIRA MELLO, Oswaldo Aranha, ob. cit., p. 168.

separação de poderes que inviabilizou permitir a um órgão judicial emanar decisões sobre constitucionalidade de normas que fossem obrigatórias para todos. Como observa Sérgio Resende Barros:

Poderia ter sido outorgada ao Supremo Tribunal Federal uma tal competência generalizadora, a qual em 1934 já não era estranha às cortes dotadas de suprema jurisdição constitucional. De mais a mais, bastaria uma súmula efetivamente vinculante para assegurar a generalidade que traria aquelas condições de estabilidade, segurança e economicidade desejáveis para o controle de constitucionalidade brasileiro, então praticado apenas no modo difuso.¹⁸⁷

Mesmo assim, após amplas modificações no direito constitucional brasileiro, essa competência foi igualmente reinserida na Constituição de 1988, em seu artigo 52, inciso X. Ocorre que agora o contexto é completamente diverso. Em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado, modelo que se tornou preponderante a partir da Carta de 1988, a competência do Senado se tornou obsoleta, já que todas elas são possuidoras de caráter geral, não havendo necessidade da intervenção da Casa Legislativa.¹⁸⁸

No entanto, há situações no modelo difuso-concreto em que a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, mesmo que proferida reiteradas vezes, não é suscetível de generalização através do exercício da competência do Senado Federal. É que essa competência se circunscreve às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade, em caráter incidental, de lei ou ato normativo. Por essa razão, ficam de fora algumas situações. Realmente, o Senado não atua (a) quando o Supremo Tribunal Federal profere decisões, no modelo difuso-concreto, fixando, dentre outras possíveis, a interpretação de um ato normativo que mais o compatibiliza com a Constituição, utilizando-se, aqui, da técnica da interpretação conforme. Também não atua (b) nos casos em que o Supremo Tribunal Federal entende que certo sentido atribuído ao texto da lei é incompatível com a Constituição, sem declarar a inconstitucionalidade da lei em si, nem lhe alterar a literalidade (declaração de inconstitucionalidade parcial sem

¹⁸⁷ BARROS, Sérgio Resende, O Senado e o controle de constitucionalidade, cit., p. 166-167.

¹⁸⁸ Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 124-125.; MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 266; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeito*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 153.

redução de texto). Aqui, o Supremo Tribunal Federal não afasta a incidência da lei, mas apenas de um de seus possíveis significados normativos. Igualmente não atua o Senado quando (c) o Supremo Tribunal Federal decide acerca da recepção ou não de leis anteriores à Constituição, já que de inconstitucionalidade não se trata. Por último, não atua (d) quando o Supremo Tribunal Federal, apreciando determinada matéria, fixa uma interpretação da própria Constituição, pois não poderia haver controle de validade dela própria¹⁸⁹. Logo, em todas essas situações, a decisão do Supremo Tribunal Federal permanece valendo para um único caso concreto, não conseguindo dirimir eventual controvérsia judicial sobre a matéria objeto de sua apreciação.

Já se pode perceber que todas as situações acima referidas consubstanciam limitações à atuação do Senado. Por outro lado, ao mesmo tempo, todas elas passaram a ser contempladas pelo regime jurídico estabelecido para as súmulas vinculantes. De fato, o Supremo Tribunal Federal pode criar súmula utilizando a técnica da interpretação conforme, seja quando fixa o único sentido válido de um ato normativo, seja quando estabelece o sentido mais constitucionalmente adequado, ainda que haja outro válido. No primeiro caso, ela terá como pressuposto a existência de controvérsia judicial acerca da *validade* de certo ato normativo, de modo que o Supremo Tribunal Federal sedimentará, em reiteradas decisões, o sentido que torna o ato compatível com a Constituição, evitando, assim, a pronúncia de inconstitucionalidade. No segundo caso, a discussão já terá ultrapassado a questão da *validade*, deslocando-se para o âmbito da *interpretação* do ato normativo, pois, diante de várias exegeses consentâneas (válidas) com a Constituição, a súmula veiculará aquela que o Supremo Tribunal Federal considera como a mais constitucionalmente adequada.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal poderá criar súmula vinculante através do manejo da declaração parcial sem redução de texto, na medida que, reiteradas vezes, considerar que certo sentido atribuído a um texto normativo é inconstitucional. Aqui também o pressuposto para a criação de súmula com efeito vinculante será a divergência quanto ao plano *validade*.

¹⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 266-267.

No que diz respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito pré-constitucional à luz da nova Constituição, vê-se que essa hipótese também foi abarcada pela súmula vinculante. Nesse caso, a divergência recairá sobre a *interpretação* de tais atos normativos pretéritos, porque é através dela que se concluirá pela existência ou não desses atos diante da nova ordem constitucional.

Por último, a súmula poderá ser elaborada com base em divergência acerca da *interpretação* do próprio texto constitucional, possibilitando ao Supremo Tribunal Federal expandir a força de sua jurisprudência constitucional.

Portanto, todas as situações referidas, em que competência do Senado não se mostrava adequada para tornar abrangente as decisões do Supremo Tribunal Federal, foram inseridas na Emenda Constitucional n. 45 como hipóteses para a criação de súmulas com efeito vinculante.

3.5 Declaração de inconstitucionalidade através de súmula vinculante: reflexos sobre a norma inválida

Questão de relevo diz respeito às conseqüências provocadas por súmulas vinculantes decorrentes de decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a inconstitucionalidade de uma norma no modelo difuso-concreto. Assim, considerando que as súmulas vinculantes podem veicular uma declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, cabe discutir se essa norma seria eliminada do ordenamento jurídico ou se, ao contrário, teria apenas sua eficácia paralisada, mantendo-se formalmente em vigor¹⁹⁰. A ser adotada a segunda alternativa, ter-se-ia que a definitiva exclusão das normas reputadas inconstitucionais no modelo difuso-concreto estaria a depender de resolução do Senado, com fulcro no artigo 52, inciso X da Constituição Federal.

¹⁹⁰ É o que sustentam Gilmar Ferreira Mendes e Samantha Meyer Pflug. “Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do artigo 52, X da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.” (Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004, cit., p. 365).

Acredita-se que, na hipótese em comento, a permanência da norma inválida no ordenamento é incompatível com o próprio figurino das súmulas vinculantes e com o modelo de jurisdição constitucional existente no ordenamento brasileiro. Para se compreender o fenômeno, é preciso ter em mente que a atribuição de efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal acabou promovendo um trânsito do modelo difuso-concreto para o modelo concentrado-abstrato. Por isso, a pronúncia de inconstitucionalidade contida em uma súmula vinculante não está inteiramente inserida no modelo difuso-concreto: ela se *generaliza*. Ora, sabe-se que as declarações de inconstitucionalidade no controle abstrato acarretam a exclusão da norma do sistema, ou seja, nulifica-se o ato ilegítimo em caráter definitivo. O mesmo ocorreria através das súmulas vinculantes, uma vez que, embora nascendo no sistema difuso-concreto, elas adentram o sistema abstrato-concentrado por força do efeito vinculante. Sob essa perspectiva, quando o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante através da qual se pronuncia a inconstitucionalidade de certa norma, essa norma será anulada, deixando de existir juridicamente.

Tendo isso vista, entende-se que, embora a Emenda Constitucional n. 45/2004 não tenha revogado explicitamente a competência do Senado prevista no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, nas hipóteses em que uma súmula vinculante vier a ser criada com base em decisões que reconheceram a inconstitucionalidade de uma norma, o exercício de tal competência é despiciendo, pois ela (a súmula) tem o condão de eliminar a norma do ordenamento jurídico. Para esses casos, pode-se falar que a Emenda provocou uma revogação tácita da competência do Senado. Para as situações de mera declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, sem ulterior criação de súmula vinculante, a competência do Senado não foi tocada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, podendo ser exercida regularmente.

3.6 Extensão da eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso e súmula vinculante: limites à mutação constitucional

Há quem sustente, não obstante, que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso já devem possuir eficácia *erga omnes* e vinculante, superando, com isso, o entendimento tradicional de que elas apenas vinculam as partes do processo (eficácia *inter partes*). Dessa forma, não mais caberia ao Senado conferir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade daquela corte, quando emanadas em controle difuso. Àquele órgão político, restaria o dever de publicação, no Diário Oficial do Congresso Nacional, da decisão do Supremo Tribunal Federal. O importante é que não seria mais a resolução do Senado que iria atribuir eficácia geral às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso: esse efeito já decorreria da própria decisão. Haveria, então, uma mutação constitucional em relação ao enunciado constante do artigo 52, inciso X da Constituição Federal¹⁹¹. Com isso, todas as decisões do Supremo Tribunal Federal que reconhecessem a inconstitucionalidade de uma norma, quer no controle difuso, quer no concentrado, passariam a ter eficácia geral e força vinculante.

Essa proposta acabaria afetando consideravelmente o âmbito de atuação das súmulas vinculantes. Como visto, um desses âmbitos é a controvérsia sobre a *validade* de normas determinadas, o que significa, considerando a necessidade de envolver matéria constitucional, a própria constitucionalidade da norma objeto da controvérsia. Então, se toda decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, dada em controle difuso, já possuísse força obrigatória geral, seria despiciendo, senão impraticável, editar súmula vinculante para sendimentar seu entendimento. Realmente, qual o sentido em

¹⁹¹ Ver, por todos: MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 270-280. A problemática assume considerável relevo, já que esse autor pôs essa discussão como questão de ordem, no julgamento da RCL n. 4.335/AC, de que é relator. Acompanhando-o, o Ministro Eros Grau também sustentou a tese da mutação constitucional. Abrindo a divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu que, caso o Supremo Tribunal Federal 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 Supremo Tribunal Federal. Seguindo a divergência, o Ministro Joaquim Barbosa também refutou a tese da mutação constitucional, alegando, inclusive, ofensa à literalidade do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. O processo se encontra paralisado em razão de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowsky (*Informativo STF*, n. 463).

preencher todos os requisitos para se editar uma súmula vinculante (notadamente o das *reiteradas decisões em um mesmo sentido*) estabelecendo que certa norma é inconstitucional, se qualquer decisão de inconstitucionalidade tomada na via difusa já possuísse o mesmo efeito que seria conseguido, ao final, através da súmula? Em síntese, não seria necessária súmula vinculante se as decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, já devessem obrigar a todos. Cabe, então, analisar os principais fundamentos que sustentam a posição em comento.

A argumentação adotada para embasar a tese da referida mutação constitucional consiste em que, a partir da Constituição de 1988, o legislador conferiu grande ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, sendo esse, atualmente, o modelo predominante na práxis jurídica. Com efeito, na década de 60 o modelo prevalecente era o difuso-concreto, em que as decisões do Supremo Tribunal Federal apenas se restringiam às partes do processo, devendo-se comunicar ao Senado a decisão de inconstitucionalidade para que ele lhes atribuísse eficácia geral. Apenas com a Emenda Constitucional n. 16/65 se criou um mecanismo de controle abstrato-concentrado de normas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a conhecida representação de inconstitucionalidade. Todavia, considerando que o único legitimado para propô-la era o Procurador-Geral da República, que detinha o monopólio sobre ela, havendo, portanto, uma forte restrição de acesso ao Supremo Tribunal Federal através da representação de inconstitucionalidade, o controle concentrado ainda se apresentava em um estágio tímido.

Nada obstante, foi a partir da Carta de 1988 que se verificou a propagação do modelo concentrado, através da consolidação da ação direta de inconstitucionalidade, da criação da ação declaratória de constitucionalidade e da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, sendo a decisão do Supremo Tribunal Federal, em todas elas, dotada de eficácia geral. Além disso, houve uma notável ampliação dos legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado¹⁹², incrementando o acesso a essa modalidade de controle de

¹⁹² Conjugando o texto da Constituição de 1988 (art. 103) com as modificações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, podem propor tanto a ação direta de inconstitucionalidade, quanto a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

constitucionalidade. Assim, dilatou-se o modelo concentrado de constitucionalidade de normas, gerando, conseqüentemente, um estreitamento do modelo difuso.

Desse modo, considerando a prevalência do controle concentrado, a regra passou a ser que as decisões do Supremo Tribunal Federal já possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim, uma vez que o juízo de inconstitucionalidade no modelo difuso não seria substancialmente diverso daquele realizado em controle concentrado, estaria justificada a extensão da eficácia geral às decisões proferidas naquela modalidade de controle. Daí, o Senado Federal, em vez de alargar para todos a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao “suspender a execução, no todo em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva” dessa corte, passaria a conferir-lhe apenas publicidade na imprensa oficial. Estaria operada, portanto, a mutação constitucional.

Todavia, discorda-se dessa posição. Como é sabido, a mutação constitucional consiste em uma alteração de sentido de preceitos constitucionais, sem alterar-lhes formalmente texto. Muda-se o conteúdo do enunciado constitucional, sua interpretação, sem mexer em sua redação¹⁹³. Nesse caso, a mutação se daria através de alteração da interpretação do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Porém, sendo em essência uma mudança pela via *interpretativa*, a mutação constitucional também encontra limites.

O primeiro limite oponível à mutação constitucional é o próprio texto da Constituição, isto é, a mudança informal só se pode realizar legitimamente dentro das possibilidades semânticas que o texto comporta. Assim, considerando que os enunciados constitucionais possuem graus variados de densidade semântica (alguns são mais imprecisos e vagos que outros), maior será a possibilidade de mutação constitucional em relação aos preceitos de menor densidade semântica. Por isso que, em geral, a mudança de conteúdo sem alteração do texto normativo recai exatamente sobre os princípios constitucionais, direitos fundamentais e demais cláusulas abertas da Constituição, por serem vertidos em linguagem menos precisa.

¹⁹³ “Daí a distinção que a doutrina convencionou registrar entre *reforma constitucional* e *mutação constitucional*; a primeira consiste nas modificações constitucionais reguladas no próprio texto da Constituição (acréscimos, supressões, emendas) pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais (...).” (FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit., p. 9).

No presente caso, ao contrário, está-se diante da interpretação de enunciado constitucional que não admite tanta elasticidade. Ora, como atribuir à locução “suspender a execução, no todo em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” o conteúdo “promover publicação de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional, com eficácia geral, certa norma em controle difuso”? Por mais que se considere anacrônica e estranha a participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade, o fato é que não se pode retirar dele uma competência outorgada pela própria Constituição, enxertando no preceito do artigo 52, inciso X o sentido de que a essa Casa Legislativa caberia, agora, apenas dar publicidade a uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Se a Constituição atribuiu ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, eliminando-a de vez do ordenamento jurídico, é porque se reconheceu que esse efeito não decorre automaticamente de tal decisão. Daí que a mutação constitucional ora pretendida implica na perda dessa atribuição do Senado em favor do Supremo Tribunal Federal, agente que realiza tal alteração hermenêutica.

Além de contrariar a literalidade do texto constitucional, o que, por si só, já impossibilitaria essa mutação, a proposta interpretativa também vai de encontro a um postulado hermenêutico-constitucional: o da correção funcional. Por esse, o órgão encarregado de interpretar a Constituição não deve adotar interpretação que altere, perturbe ou subverta a repartição de funções por ela fixada, ou seja, esse órgão não pode modificar a distribuição das funções, através do resultado de sua interpretação¹⁹⁴. Ora, a mutação constitucional invocada faz exatamente o oposto, isto é, modifica, por meio de interpretação do Supremo Tribunal Federal, o quadro das funções fixado pela Constituição, ao deslocar para ele a capacidade de proferir decisões de inconstitucionalidade com eficácia obrigatória geral em controle difuso, eficácia que apenas seria atingida mediante suspensão, pelo Senado, da execução da lei declarada inconstitucional. Em suma, o Supremo Tribunal Federal estaria retirando uma competência constitucional do Senado e atribuindo-a para si.

Há outro argumento, mais diretamente relacionado às súmulas vinculantes, em desfavor dessa mutação constitucional. Se um dos pressupostos para a criação de súmula

¹⁹⁴ HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 50.

vinculante consiste em que o Supremo Tribunal Federal profira *reiteradas decisões em um mesmo sentido*, é porque essas decisões, inclusive quando declaratórias de inconstitucionalidade, não possuem eficácia geral e obrigatória. Ao revés, a súmula vinculante serve exatamente para dotar de obrigatoriedade um entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal que, seguramente, não possuía tal característica, haja vista que se restringia às partes do processo em que foram proferidas. Se assim é, a mutação constitucional ora pretendida acabaria por ab-rogar um dos âmbitos materiais, criados por emenda constitucional, para a edição da súmula vinculante, isto é, a controvérsia sobre a constitucionalidade de normas determinadas. Essa barreira deve ser observada porque, do contrário, não teria sentido erguer todo um regime constitucional para as súmulas vinculantes e, depois, por intermédio de interpretação judicial, restringir-lhe um dos campos de sua incidência. Então, se foi instituída no direito brasileiro a súmula vinculante, podendo, por expressa autorização constitucional, recair sobre a validade (constitucionalidade) de normas determinadas, é porque as decisões singulares do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, continuam possuindo eficácia *inter partes*. Por todas essas razões, crê-se indevida a mutação constitucional proposta e, caso venha a se concretizar, ter-se-ia uma *mutação inconstitucional*.

Portanto, caso o Supremo Tribunal Federal queira conferir força obrigatória geral às decisões de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso, deverá seguir o procedimento para a edição de súmula vinculante, promovendo o trânsito do concreto para o geral, e, nessa hipótese, é despicienda a intervenção posterior do Senado. Por outro lado, se se tratar de decisão de inconstitucionalidade, em controle difuso, sem ulterior edição de súmula vinculante, então, para possuir eficácia geral, o Senado deverá suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

3.7 Síntese

Pelo que se expôs, fica mais evidente que a súmula vinculante não constitui nenhum rompimento com sistema jurídico brasileiro, acomodando-se no modelo de jurisdição constitucional já existente no país, o qual mescla elementos da jurisdição difuso-concreta com outros da jurisdição concentrado-abstrato. Assim, ela estabelece uma estreita

conexão entes esses modelos, pois parte do efetivo exercício da jurisdição difuso-concreta pelos diversos juízos e tribunais para, em razão de divergência surgida no bojo de tal exercício, aproximar-se do modelo concentrado-abstrato, na medida que a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e nela sintetizada, torna-se obrigatória para todos, eliminando a controvérsia e assegurando aos jurisdicionados a igual aplicação do direito.

Uma vez que a implementação judicial da Constituição no Brasil é exercida por vários órgãos distintos, a vinculação à jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de “fechamento” da jurisdição constitucional, é um importante mecanismo de uniformização da interpretação jurídico-constitucional, eliminando o estado de incerteza provocado pela divergência judicial acerca do sentido e alcance dos preceitos constitucionais.

Por isso mesmo, o efeito vinculante das súmulas vem a contribuir para uma melhor articulação desses modelos, superando a indesejável insegurança jurídica e atenuando a conhecida tensão dialética entre eles, algo que há muito caracteriza a jurisdição constitucional brasileira.

Por fim, as súmulas vinculantes acabaram ocupando os espaços vazios deixados pelo Senado Federal, através de sua limitada competência nos quadros da jurisdição constitucional difuso-concreta.

4 SÚMULA VINCULANTE E A DISCUSSÃO EM TORNO DE SUA NATUREZA LEGISLATIVA OU JURISDICIONAL

4.1 Súmula vinculante e sua natureza legislativa

Poder-se-ia dirigir uma crítica às súmulas vinculantes sustentando-se a sua natureza legislativa, o que significaria afirmar que o Supremo Tribunal Federal deixaria de exercer função jurisdicional quando produzisse tais diretivas obrigatórias. Parte-se da idéia segundo a qual, considerando a força obrigatória das súmulas, na medida que elas projetam seus efeitos para além de um único caso concreto, condicionando a interpretação futura dos operados jurídicos nas situações análogas, elas se aproximariam dos preceitos legais emanados do órgão legislativo, apresentando um caráter geral e abstrato. Desse modo, a vinculação geral presente nas súmulas vinculantes as tornaria fruto de atividade legiferante, razão pela qual sua criação por órgão jurisdicional (Supremo Tribunal Federal) seria ofensiva à separação dos poderes.¹⁹⁵

Acredita-se que essas objeções não devem prosperar. Realmente, consoante já mencionado (item 1.5), parte-se da premissa de que existe uma diferença entre texto ou enunciado da norma e norma jurídica, ou seja, que a norma jurídica é resultado da interpretação. Assim, verifica-se produção normativa pela prática da interpretação jurídica, cujo grau de criatividade pode ser elevado quando se trata de precisar o alcance dos enunciados da Constituição. Logo, não é novidade que o Supremo Tribunal Federal cria direito, inclusive em nível constitucional, por força de sua própria condição de “guardião precípua” da Constituição brasileira, objeto de seu labor hermenêutico diário. Apenas em uma visão mecanicista, típica do modelo de Estado Legalitário, não se reconheceria aos

¹⁹⁵ É o que se observa na opinião, dentre outros, de Luiz Flávio Gomes: “Em decisões reiteradas um dos Tribunais Superiores interpretará determinada norma num certo sentido e essa ‘sua’ interpretação passaria a ter efeito vinculante, isto é, todos os juízes deveriam adstringir-se a essa interpretação compulsoriamente (...). Interpretar a lei com caráter geral, vinculativo, significa usurpar atribuição exclusiva do Poder Legislativo. O intérprete ‘seria o verdadeiro legislador.’” (Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 739, p. 23, maio 1997. Em sentido semelhante, Bocamino Rodrigues afirma: “(...) a súmula nada mais é do que a construção legislativa feita pelo Poder Judiciário. Temos a invasão de um poder pelo outro, ao arrepio do estatuído no artigo 2º da Constituição Federal.” (RODRIGUES, Francisco Sérgio Bocamino. Súmula vinculante: o que temos hoje? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 15, p. 27, jun. 2004). Ver também: ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 26, p. 69, maio 2005.

juízes poder de criação normativa, concepção que, conforme visto, restou superada, especialmente com advento do Estado Constitucional e a ulterior proliferação de órgãos judiciais incumbidos de salvaguardar suas respectivas Constituições. Desse modo, a circunstância de as súmulas vinculantes moldarem a interpretação futura dos casos análogos não pode levar à identificação entre a produção normativa própria da interpretação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional com a produção legislativa do direito realizada pelo próprio Poder Legislativo. O que se percebe em tais críticas é a tentativa de aproximar esses dois tipos de produção jurídica, o que não parece procedente.

Muito embora ambos os processos sejam produtores de direito (*lawmaking*), a criação do direito pelo poder judicial se passa dentro de limites processuais que não estão presentes na típica produção legislativa. Mauro Cappelletti aponta três importantes limites processuais à criação judicial do direito, ou, como ele também denomina, as “virtudes passivas” da Justiça, concebidas não a partir de formulações teóricas e abstratas, mas da observação da experiência concreta, passada e presente. São elas: a) a conexão da atividade decisória do juiz com os casos e controvérsias, e, conseqüentemente, com as partes litigantes de tais casos; b) a imparcialidade do juiz, que lhe veda decidir em causa própria e que deve garantir às partes o direito de serem ouvidas (*fair hearing*); e, c) a independência, em certo grau, de pressões políticas externas.

Como pondera o autor, não haveria degeneração no processo legislativo se os legisladores estivessem inteiramente envolvidos e interessados como partes nas matérias por eles reguladas, uma vez que eles atuam em nome de grupos e pessoas, não sendo obrigados a conceder audiência a interesses de grupos contrapostos, nem tendo que aguardar a iniciativa do grupo interessado para instaurar o processo legislativo. Assim, o caráter “parcializado” do processo legislativo não lhe é algo estranho, fazendo parte de sua própria fisiologia. E conclui o autor afirmando que aquelas limitações processuais são características fundamentais da atividade jurisdicional, tanto que, quando se procura, em alguma medida, estendê-las aos processos não jurisdicionais, fala-se de “jurisdicionalização”.¹⁹⁶

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *Juízes legisladores?*, cit., p. 76-77.

Diante da contribuição de Cappelletti, percebe-se mais claramente que as súmulas vinculantes se encaixam no âmbito da função jurisdicional. De fato, elas não são elaboradas ao acaso, desconexas de litígios concretos. Ao contrário, já se viu que as súmulas pressupõem o exercício efetivo da jurisdição constitucional difuso-concreta, o que significa a existência prévia de situações litigiosas apreciadas pelos órgãos judiciais. A manifestação da jurisdição difuso-concreta ocorre em duas ocasiões. A primeira se revela nos casos concretos a partir dos quais se desenvolveu uma controvérsia sobre a interpretação, a validade ou a eficácia de determinados preceitos normativos. A segunda se mostra na exigência de reiteradas decisões em um mesmo sentido por parte do Supremo Tribunal Federal, o que supõe a verificação de litígios individualizados nos quais tais decisões são proferidas. Assim, nesses casos as partes exercem naturalmente seu direito ao contraditório e à ampla defesa¹⁹⁷. E é do conjunto dessas decisões sobre questões análogas que se constrói a jurisprudência em que a súmula vinculante se assenta.

Outrossim, reitere-se que as demais instâncias jurisdicionais também atuam na construção do entendimento firmado pela Excelsa Corte. Com efeito, na medida que a criação de súmulas vinculantes exige divergência entre órgãos judiciais ou entre eles e a Administração pública, pode-se deduzir que os litígios que chegam ao Supremo Tribunal Federal certamente já percorreram vários juízos e tribunais, sendo por eles analisados sob vários aspectos, salvo quando se tratar de competência originária do próprio Supremo Tribunal Federal. Assim, nesse percurso também se verifica toda a dinâmica inerente ao processo judicial, com a prolação de decisões por juízes imparciais e o uso dos mecanismos processuais a disposição das partes para atingir suas pretensões. Em outros termos, ao chegar ao Supremo Tribunal Federal, a matéria controvertida já foi debatida em outras instâncias e, mais uma vez, no âmago de casos concretos.

Por tudo isso, percebe-se que todo o suporte jurisprudencial da súmula vinculante foi construído a partir do julgamento de casos concretos no âmbito da jurisdição constitucional difuso-concreta. Posteriormente, o que se dá é a generalização do entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal nesses casos, devendo ser

¹⁹⁷ Cumpre observar que se está referindo a casos concretos em que se adota o “processo subjetivo”, logo, em que há partes, contraditório, ampla defesa, etc., afastando-se, portanto, das ações julgadas pelo Supremo Tribunal Federal que seguem as especificidades próprias do “processo objetivo”, como se dá no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC, ADPF), até porque, em todas essas, as decisões já são dotadas de efeito vinculante.

acatado pelas demais instâncias e pela Administração pública para dirimir o quadro de incertezas e desigualdades na aplicação do direito. A mera circunstância de as súmulas poderem ser criadas de ofício pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da CF) não deve obscurecer toda a feição jurisdicional que está na base mesma da jurisprudência constitucional desenvolvida a partir dos litígios levados àquela corte. A propositura de ofício diz respeito unicamente à instauração do processo formal de deliberação para a criação das súmulas vinculantes e não ao julgamento dos casos concretos em que o Supremo Tribunal Federal deve proferir reiteradas decisões em um mesmo sentido¹⁹⁸. Logo, a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal tomar a iniciativa de criação das súmulas não tem o condão de alterar radicalmente a natureza jurisdicional do processo de criação das súmulas vinculantes, tornando-o um processo legislativo.¹⁹⁹

Ademais, para se assegurar a devida imparcialidade dos juízes, a eles são atribuídas certas garantias constitucionais como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios (art. 95 da CF), pois elas permitem a sua necessária independência, como uma forma de imunização diante de injunções políticas externas.

No que diz respeito, em particular, ao Supremo Tribunal Federal, é comum a alegação de sua falta de independência em razão do modo de composição de seus membros, supondo que eles sempre decidiriam as questões de acordo com os interesses do Presidente da República que os indicou²⁰⁰. No entanto, a história revela que tal suposição é assaz relativa, bastando lembrar algumas vivências no sistema norte-americano, cuja forma de nomeação de juízes para a Suprema Corte também exige a indicação pelo Presidente e aprovação pelo Senado. A esse respeito, Robert Barker mostra alguns casos em que os juízes da Suprema Corte decidiram contra o Presidente que os indicou:

¹⁹⁸ Adiante, ver-se-á que a criação em si da súmula vinculante segue o denominado processo objetivo, daí ela poder ser criada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal ou a partir da provocação de alguns legitimados ativos. A rigor, portanto, a súmula estabelece uma conexão entre o processo subjetivo e o processo objetivo.

¹⁹⁹ Referindo-se ao processo de criação das súmulas vinculantes, observa André Ramos Tavares: “A possibilidade de atuação de ofício pelo Supremo Tribunal Federal não descaracteriza a natureza jurisdicional do processo em questão. Até porque essa atuação se encontra circunscrita na base, pois demanda a provocação e o julgamento de diversos casos anteriores. Não se trata, pois, de uma atuação oficiosa amplamente livre.” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 357).

²⁰⁰ Constituição Federal: “Artigo 101 - (...) Parágrafo único - Os ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

Por exemplo, em 1902, o presidente Theodore Roosevelt indicou Oliver Wendell Holmes Jr. para a Suprema Corte. Menos de dois anos depois, num caso antitruste de importância significativa ao programa de Roosevelt, Holmes votou contra o presidente. Em 1952, quando o embargo do presidente Truman às principais siderúrgicas do país foi contestado com base na Constituição, a decisão da Suprema Corte, em votação de 6 para 3, foi desfavorável ao presidente. Dos quatro juízes nomeados pelo próprio Truman, dois votaram contra ele. Earl Warren, nomeado presidente da corte pelo presidente Eisenhower, por tantas vezes deu voto contrário à posição de Eisenhower que o presidente, ao deixar o cargo, se referiu à nomeação de Warren como “o pior e o mais estúpido erro que cometi como presidente”. Em 1974, no caso Estados Unidos vs. Nixon – envolvendo a recusa do presidente Nixon de entregar, quando intimado, as fitas gravadas da Casa Branca, sob alegação de prerrogativa do Executivo – três dos quatro juízes que haviam sido nomeados por Nixon votaram contra ele, e o quarto se absteve de votar.²⁰¹

No Brasil, vale lembrar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da chamada “contribuição dos inativos”, instituída pela Emenda Constitucional n. 41, de dezembro de 2003, defendida arduamente pelo presidente de então. Mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo decidido pela validade da cobrança previdenciária, os ministros que assim entenderam também acolheram a tese da inconstitucionalidade de partes da citada emenda, encabeçada pelo Ministro Cezar Peluso, nomeado por aquele presidente. Dentre os ministros que o acompanharam, mais dois foram também nomeados pelo citado presidente (Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau). Além disso, no grupo de ministros que votaram a favor da inconstitucionalidade da cobrança, figurava o Ministro Carlos Ayres Britto, igualmente nomeado por aquele Chefe do Executivo. Assim, em uma considerável coincidência histórica, em que um único Presidente da República teve a oportunidade de nomear quatro ministros para o Supremo Tribunal Federal²⁰², desse grupo, um votou integralmente contra os interesses do Chefe do Executivo a respeito da cobrança dos inativos e os demais, apesar de terem-na considerado válida, reputaram parte da emenda inconstitucional²⁰³. Por isso, não se pode afirmar, unicamente com apoio na forma

²⁰¹ BARKER, Robert S. “Eu juro”: uma perspectiva histórica da indicação, aprovação e nomeação de juízes à Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/barker.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

²⁰² Momentos depois, o mesmo presidente nomearia mais dois ministros para a corte. Com isso, foi possível que um único presidente indicasse a maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal.

²⁰³ O Supremo Tribunal Federal concluiu, por decisão majoritária, “em julgar improcedente a ação em relação ao *caput* do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, em julgar inconstitucionais as expressões ‘cinquenta por cento do’ e ‘sessenta por cento do’, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003 o parágrafo 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional” (ADI n. 3.105-8/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.08.2004, DJU, de 18.02.2005).

de composição do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outro Tribunal Constitucional, que seus integrantes sempre tomarão decisões a favor de quem os indicou, em um suposto gesto de agradecimento pela nomeação realizada. Daí, mais uma vez, a importância das garantias da magistratura, extremamente necessárias para o papel que o Supremo Tribunal Federal deve exercer no Estado Constitucional brasileiro.

Portanto, nos casos que servem de base para a construção da jurisprudência geradora da súmula vinculante, verificam-se todas as características fundamentais da função jurisdicional expostas por Cappelletti, não se podendo falar, dessa forma, que as súmulas são produto de atuação legislativa de Supremo Tribunal Federal. Consistem, em verdade, na generalização e obrigatoriedade de uma solução aplicada a uma série de casos semelhantes, resultado, como se disse, de atividade interpretativo-criadora inerente ao exercício da jurisdição constitucional, em cujo contexto o efeito vinculante das súmulas tem uma importante função harmonizadora da exegese jurídico-constitucional, dirimindo uma divergência judicial. Assumindo essa postura, não se vislumbra ofensa à separação dos poderes através das súmulas vinculantes, no sentido de que elas representariam uma usurpação das funções típicas do Poder Legislativo.

4.2 Súmula vinculante: da norma ao texto

Ataque semelhante às súmulas vinculantes, destacando sua natureza legislativa, parte, mais uma vez, da distinção entre texto de norma e norma jurídica, esta enquanto resultado interpretativo daquela. Supõe-se que a produção de textos ou de enunciados cabe ao Poder Legislativo, que oferece o material a servir de base para a interpretação levada a cabo pelos juízes. Esses, ao interpretar os textos, criam as normas jurídicas. No entanto, quando as decisões judiciais (interpretações) convertem-se em textos com força vinculante, ter-se-ia produção legislativa. Essa crítica é sustentada por Lenio Streck²⁰⁴, que se apóia no seguinte raciocínio de Eros Grau:

²⁰⁴ Ver: STRECK, Lenio Luis, *Comentários à reforma do poder judiciário*, cit., p. 155.

Note-se bem que essas “decisões” do Supremo Tribunal Federal são resultado de sua *produção normativa*, atividade que envolve *interpretação/aplicação* e, pois, é desempenhada não apenas a partir dos elementos que se depreendem do *texto* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser).

Essas decisões são *normas*. Mas essas *normas* são transformadas em textos no momento em que assumem *eficácia contra todos e efeito vinculante em relação* aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

(...)

Em outros termos: a atribuição de eficácia contra todos e efeitos vinculantes às decisões de que se trata importa em atribuir-se ao Supremo Tribunal Federal *função legislativa*.²⁰⁵

Consoante já afirmado, o reconhecimento da produção normativa do Supremo Tribunal Federal como decorrência da interpretação jurídica não pode conduzir à identificação dessa atividade com o exercício de função legislativa. O fato de a súmula vinculante, fruto de atividade interpretativa, tomar corpo através de um enunciado lingüístico não transforma a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal em atividade legiferante. É fato que toda decisão judicial deve se expressar em linguagem escrita, logo, em textos, e a súmula vinculante não foge à regra²⁰⁶. O mesmo se dá nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, ou seja, na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental, todas elas dotadas de efeito vinculante. Também não se deve supor que, pelo fato de as súmulas vinculantes se

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. Sobre a chamada produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado ‘efeito vinculante’. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 16, p. 37, 1996 – destaques no original). É importante observar que o autor não está se referindo, ao menos não diretamente, às súmulas vinculantes, nem a toda espécie de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, pois adverte que suas observações não se aplicam totalmente ao efeito vinculante das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. Ele tem em mira a Proposta de Emenda à Constituição n. 54, de 1995, que permite ao Supremo Tribunal Federal atribuir efeito vinculante às suas decisões definitivas de mérito mediante anuência de dois terços de seus membros. Daí a afirmar: “Insisto, portanto, em que as conclusões que passo a enunciar não se amoldam inteiramente às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo. Elas respeitam especificamente às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, se este declarar, pelo voto de dois terços de seus membros, a atribuição, à decisão, daquela eficácia e efeito.” (Ibidem, p. 36).

²⁰⁶ Nesse sentido, observa André Ramos Tavares: “A criação de ‘diretivas’ gerais, ‘súmulas’ do pensamento (interpretação) do Tribunal, para serem generalizadamente assumidas pelos demais centros de ‘poder’, constituem, inegavelmente, uma atuação de ordem normativa. A circunstância, porém, de implicar a redação de um enunciado não deve turvar a verdadeira atuação interpretativa que representa tal situação. Aliás, toda interpretação é necessariamente consignada em enunciados redigidos pelo Tribunal Constitucional. Não há nenhuma novidade nesse ponto, nem se deve falar em atuação legislativa.” (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 348).

materializarem em enunciados sintéticos, tal como as leis em geral, teriam elas natureza legislativa²⁰⁷. O enunciado da súmula apenas sintetiza a essência do entendimento consolidado *jurisprudencialmente* pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria. Ele não deve se desprender do substrato jurisprudencial de onde emana.

Nessa esteira, percebe-se que o uso da dicotomia texto-norma para asseverar a natureza legislativa das súmulas vinculantes se mostra inadequado. É que ela não leva em conta precisamente o processo de *formação* da jurisprudência que sustenta a súmula vinculante, nem as “virtudes passivas” da criação judicial do direito citadas acima. Melhor explicando, tal dicotomia apenas considera o *produto final* das atividades legislativa e judicial, isto é, o texto. Dessa maneira, abstrai todos os aspectos que fazem parte da natureza específica de cada um desses processos, ou seja, não considera o *modo* ou a *forma* de criação de direito pela via judicial e legislativa, o que contribui para uma confusão entre produção normativa do Supremo Tribunal Federal através das súmulas vinculantes, porém de natureza jurisdicional, com produção legislativa do órgão legislativo. Reitere-se, a propósito, que é necessária a ocorrência de vários litígios individualizados, ou seja, o efetivo exercício de jurisdição constitucional difuso-concreta, para, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal poder desenvolver um entendimento sobre a matéria jurídica em comum nesses casos, o que corrobora seu viés jurisdicional.

Somando às características básicas da função jurisdicional acima referidas, tem-se que a decisão judicial normalmente parte da consideração de textos normativos produzidos anteriormente pelo legislador. Em outros termos, a própria formação da jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal é resultado da interpretação de enunciados legislativos, tomados como ponto de partida pelo órgão jurisdicional na sedimentação de seu entendimento. Logo, acredita-se não se poder falar, com precisão, em atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal quando da criação de súmulas vinculantes, porque elas são a conclusão de várias interpretações desenvolvidas a partir de

²⁰⁷ “Embora a súmula vinculante, ao apresentar-se como enunciado geral, abstrato e impessoal, de impositividade *erga omnes*, tenha configuração bastante próxima à da norma legal, nem por isso se pode tomar a *nuvem por Juno*, afirmando-se perfeita equiparação entre ou equivalência entre essas duas fontes do direito.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 708 – destaque no original).

textos legislativos previamente estabelecidos²⁰⁸. Desse modo, é natural que a súmula agregue ao produto legislado a interpretação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, como de resto, toda interpretação é agregadora de sentido ao objeto interpretado, a menos que se sustente o contrário, isto é, que os textos normativos já trazem “embutido” o seu próprio sentido (tese de que se discorda). Portanto, o enunciado da súmula apenas condensa o núcleo do entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal extraído do conjunto de decisões (jurisprudência) desenvolvidas a partir dos textos normativos emanados da autoridade legiferante.

É certo, contudo, que o seu lado normativo afasta a idéia de que as súmulas vinculantes constituem atos que se amoldam perfeitamente naquele modelo liberal de função judicial, através do qual cada decisão vale apenas para o caso concreto sob exame, algo que encontra justificativa numa concepção liberal de Judiciário²⁰⁹. No entanto, já se mostrou o impacto do modelo de Estado Social sobre a jurisdição, cujas decisões, em um contexto de sociedade de massas, tendem a transcender os limites de um único caso concreto, atingindo pessoas e grupos que não estiverem fisicamente naquele pleito. Isso se torna mais necessário quando se credita a um órgão judicial a defesa da Constituição, em caráter definitivo. Desse modo, o efeito vinculante das súmulas se justifica pelas funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal constitucional, ao qual compete estabilizar a interpretação jurídico-constitucional, superando uma divergência judicial geradora de grave insegurança jurídica e que acarreta demandas repetitivas e desnecessárias. Destarte, crê-se inadequada a tentativa de explicação de uma jurisdição constitucional tomando por base concepções de função jurisdicional que remontam ao Estado de Direito Legalitário, que a tinham como simples “executivo de segundo grau”. A jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a exercida

²⁰⁸ Por essa razão, igualmente afasta-se a tese de que as súmulas vinculantes são uma espécie de restrição à participação popular na criação do direito via legislação, visto que de ato legislativo não se cuida. Assumindo a postura de que a súmula vinculante é resultado da atividade normativa (e não legislativa) emergente da interpretação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, não se vislumbram maiores razões para concebê-las como uma forma de limitação à participação popular. Do contrário, todas as decisões dotadas de efeito vinculante também seriam ilegítimas. Percebe-se, então, que tal crítica só ganha força se as súmulas vinculantes forem tidas como resultado de produção legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, tese de que se discorda, conforme já exposto. Em sentido contrário, ver: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Sobre a súmula vinculante*, cit., p. 57.

²⁰⁹ Denominando “sentença clássica” aquela decisão cujos efeitos não desbordam dos casos concretos sob exame, afirma Nelson de Souza Sampaio: “A doutrina do liberalismo ortodoxo procurou circunscrever a esse tipo todas as decisões do Poder Judiciário.” (O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário, cit., p. 9).

por vários tribunais constitucionais, é certamente uma jurisdição especial, mas, fundamentalmente, jurisdição.²¹⁰

Portanto, força concluir que a materialização das súmulas vinculantes em enunciados lingüísticos não as torna produto de atividade legislativa.

4.3 Súmula vinculante, legalidade e livre convencimento do juiz

É importante avaliar outra crítica recorrente dirigida às súmulas vinculantes, no sentido de que elas ferem o postulado da legalidade, inscrito no artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, na medida que os juízes apenas têm o dever de obediência à lei, não poderiam se sujeitar às diretrizes oriundas do comando contido na súmula vinculante, pois, do contrário, restaria suprimida garantia do livre convencimento do juiz.

Crítica nesse sentido comumente supõe ser a lei a única fonte de direito no ordenamento jurídico, atribuindo, conseqüentemente, um papel secundário à jurisprudência. Cuida-se do resultado de uma concepção iluminista de lei, ainda que implicitamente adotada. Ocorre que tal crítica não leva em conta o destaque que a jurisprudência ostenta atualmente, inclusive, como visto, na própria experiência brasileira, o que revela a necessidade de reconhecer a jurisprudência como fonte de direito. A submissão à lei, desse modo, não deve ser compreendida como submissão unicamente à lei parlamentar, com exclusão de qualquer outra norma, pois, do contrário, ter-se-ia, na esteira do Estado Legalitário, que todo o direito se reduz ao direito legislado.²¹¹

²¹⁰ Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. La corte constitucional y la interpretación de la Constitución. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Coord.). *División de poderes e interpretacion: hacia una teoria de la práxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 174.

²¹¹ Essa é a observação de Ignacio de Otto, referindo-se à interpretação do artigo 117.1 da Constituição espanhola, que estabelece a submissão exclusiva ao império da lei e a independência judicial como princípios informadores da jurisdição: “O argumento de que o juiz não pode estar submetido à jurisprudência porque está submetido exclusivamente à lei passa por alto que a submissão à lei não significa tão-só à lei parlamentar, com exclusão de qualquer outra norma. Tal intelecção do preceito tem sua origem no fato de que na doutrina revolucionária o direito era reduzido à lei do Corpo Legislativo (...). Submissão do juiz à lei é obviamente submissão do juiz a todo o direito (...). A expressão ‘lei’ do artigo 117.1 da Constituição, portanto, não é em si mesma argumento para excluir a sujeição do juiz à jurisprudência.” (OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 300). Expondo o viés ideológico (liberal-iluminista) dessa concepção de “vinculação do juiz à lei”, ver: ANZON, Adele. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l’esperienza italiana alla luce di un’analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Milano: Giuffrè, 1995. p. 101 e ss.

Sucedem que não só tais concepções iluministas de lei e de função judicial restaram superadas com o advento do Estado Constitucional, como não se compadecem com a existência de um tribunal constitucional encarregado de fixar o sentido e alcance dos preceitos constitucionais e das disposições infraconstitucionais à luz da Constituição. Com efeito, não se trata de mera obediência ao texto puro e frio da lei ou da Constituição, mas sim à norma que se elabora a partir de seus enunciados²¹². Desse modo, deve haver uma necessária sobreposição da interpretação jurídica firmada pelo tribunal constitucional em relação às demais instâncias judiciais, especialmente para pôr fim a uma considerável divergência judicial. Em se tratando de um órgão como o Supremo Tribunal Federal, criado pela própria Constituição, cuja principal função consiste em salvaguardá-la, o descumprimento de suas decisões (interpretações) representa desprestígio da própria Constituição.

Nessa linha de pensamento, observa Balaguer Callejón que a jurisdição constitucional reformulou de maneira indireta a sujeição do juiz à lei. Essa sujeição deve agora levar em conta a existência de um órgão máximo da jurisdição constitucional. Assim, essa vinculação do juiz não se refere apenas ao texto legal, mas sim à interpretação desse texto realizada pelo tribunal constitucional²¹³. Levando isso em conta, deve ser revista a idéia de que, nos sistemas romanísticos, os órgãos judiciais inferiores não têm de julgar como o fizeram os tribunais superiores, sobretudo quando se cuidar de um tribunal constitucional ou de um órgão que desempenha esse papel.²¹⁴

Ilustrativo, a propósito, é o artigo 5.1 da Lei Orgânica do Poder Judicial espanhol, ao estabelecer que a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico e vincula todos os juízes e tribunais, que interpretam e aplicam as leis e os regulamentos segundo os preceitos e princípios constitucionais, “conforme a interpretação dos mesmos que resulte das resoluções ditadas pelo tribunal constitucional em todo tipo de processo”.

²¹² Nesse sentido: SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 90.

²¹³ BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, cit., p. 53.

²¹⁴ Tratando do modelo de independência judicial no sistema romanístico, Oliveira Ascensão observa: “Em princípio, no sistema romanístico, cada juiz está colocado perante os outros em posição de independência. Por isso: (...) os órgãos judiciais inferiores não têm de julgar conforme o fizeram já os tribunais superiores. Esta é a chave do sistema.” (*O direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 240).

Discorrendo sobre esse preceito, observa Requeijo Pagés que os tribunais devem interpretar a totalidade do ordenamento de acordo com a Constituição e aplicá-lo em consonância com a interpretação plasmada nos pronunciamentos de seu intérprete supremo. Desse modo, a vinculação dos juízes à lei diz respeito à vinculação à lei *constitucionalmente interpretada* pelo tribunal constitucional:

Dita submissão exclusiva (à lei) cumpre ademais a finalidade de constituir a lei como marco de referência primário – necessariamente delimitado pela exigida conformação do mesmo com os preceitos constitucionais e com a interpretação da Constituição que se deriva da doutrina do tribunal constitucional – ao redor do qual deve girar em todo caso a atuação do juiz no exercício de sua função tutelar do ordenamento. A lei constitucionalmente interpretada é, pois, a base argumentativa que deve presidir sempre o exercício da função jurisdicional, por ser a lei assim interpretada o setor do sistema em que se contêm os materiais sistêmicos que o juiz deve projetar sobre a realidade social que o ordenamento pretende organizar.²¹⁵

Conclusão semelhante se percebe no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento de agravo regimental em recurso extraordinário:

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.²¹⁶

Abstraindo a discussão se o efeito vinculante deve ser ampliado a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto tribunal constitucional, o vigor das idéias antes mencionadas se robustece quando referidas ao efeito vinculante das súmulas. Em primeiro lugar, porque a obediência das demais instâncias não diz respeito a uma única decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim à sua jurisprudência constitucional consolidada sobre certa matéria. Logo, várias foram as decisões proferidas por essa corte. Em segundo lugar, porque elas buscam precisamente eliminar o estado de insegurança jurídica provocado pela divergência interpretativa entre órgãos judiciais ou entre esses e a

²¹⁵ REQUEIJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989. p. 148.

²¹⁶ STF – RE n. 203.498/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 22.08.2003.

Administração pública. Em terceiro lugar porque, para haver tais divergências, supõe-se que já houve interpretação jurídica pelas outras instâncias, tendo sido exercida a independência judicial no campo da interpretação do direito em sua plenitude, já que as súmulas envolvem o exercício da jurisdição constitucional difuso-concreta.

Nesse sentido, o argumento da submissão dos juízes ao império da lei, para fundamentar a ilegitimidade das súmulas vinculantes, não deve levar à concepção da liberdade de convencimento como uma benesse para respaldar toda e qualquer interpretação que um juiz tenha acerca da lei, especialmente quando há um órgão responsável pela fixação definitiva do sentido da Constituição, sentido esse que se projeta para o restante do ordenamento. A rigor, tal linha argumentativa pretende justificar que os juízes só devem se vincular à lei, porém do modo como cada juiz a interpreta. Essa crítica, além de partir de uma premissa que reduz todo o direito à lei, conduz ao questionamento de todo tipo de efeito vinculante, inclusive das ações de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (ADI, ADC e ADPF), uma vez que os magistrados só estariam condicionados pela lei, algo que não se coaduna com as finalidades desses mecanismos. Não seria, portanto, uma crítica dirigida apenas às súmulas vinculantes, mas ao efeito vinculante em si, que também está presente nas ações que compõem a jurisdição constitucional concentrada no Brasil. Logo, quem entende que o efeito vinculante da súmula provoca a violação à liberdade de convencimento do juiz, deverá igualmente considerar ilegítimo todo tipo de efeito vinculante existente no direito brasileiro.

Isso acarretaria conceber um órgão judicial de defesa da Constituição cujas decisões sempre valessem para um único caso concreto, o que não parece desejável diante das funções que exerce no marco de um Estado Constitucional, especialmente no que tange ao controle de normas. Ademais, sustentar a absoluta liberdade interpretativa da Constituição por parte dos diversos órgãos judiciais do país, excluindo-os de qualquer tipo de vinculação advinda de uma instância superior, representaria conceber um sistema de jurisdição constitucional sem um órgão responsável pelo seu “fechamento”, implicando a manutenção de uma “duplicidade” de Constituições, o que gera uma situação de insegurança e instabilidade jurídicas.

Desse modo, considerando que o objetivo das súmulas vinculantes é consolidar o entendimento jurídico-constitucional, superando um quadro de discrepância interpretativa verificada nas controvérsias judiciais, não é suficiente que os juízes continuem invocando a liberdade de formação de juízo para perpetuar a divergência, responsável pela “jurisprudência lotérica”. Seria confundir tal liberdade, exercida devidamente no âmbito da jurisdição difuso-concreta, pressuposto para a criação das súmulas vinculantes, com liberdade incondicional e absoluta para decidir o que quiser e quando quiser. Faz-se mister, portanto, no caso das súmulas vinculantes, que os juízes não apenas se submetam à lei e à Constituição, mas que se submetam à interpretação delas resultante, em reiterados casos, do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o que não significa mais que respeitar a própria Constituição e reverenciar a segurança jurídica e a isonomia na aplicação do direito. Em outros termos, deve-se obediência às disposições normativas constitucionalmente interpretadas pelo órgão maior da jurisdição constitucional brasileira, e refletida em sua jurisprudência dominante, a fim de dirimir a discrepância hermenêutica existente. Isso não quer dizer, contudo, que os juízes ficarão presos às súmulas, pois, se no momento de sua aplicação, eles constatarem que o caso em análise apresenta circunstâncias especiais que o afastam da tese desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a súmula não deverá ser aplicada. Poder-se-ia falar de uma *atipicidade*, pois o caso concreto não se enquadra no âmbito da súmula vinculante.

Portanto, diante de um órgão judicial como o Supremo Tribunal Federal, que representa a última instância decisória da jurisdição constitucional brasileira, a obediência às súmulas vinculantes, nesse diapasão, não representa ofensa à livre convicção dos juízes na aplicação da lei e da Constituição, não se podendo afirmar que estes só se submetem às leis produzidas pelo Congresso Nacional e não à jurisprudência constitucional daquela corte.

As súmulas vinculantes se justificam, ademais, pela exigência de aplicação isonômica da lei e da Constituição para situações análogas, somada à necessidade de eliminar tais incertezas no campo da aplicação do direito²¹⁷. A deficiência do conceito

²¹⁷ Daí a indagação de Mônica Sifuentes: “A liberdade de interpretação da lei pode-se sobrepor ao direito de todos a uma interpretação igual da lei?”. (*Súmula vinculante*: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 286). Em sentido semelhante, Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci assim se expressam: “O pluralismo é a base que fundamenta as várias interpretações válidas da mesma norma. Assim, do ponto de vista teórico, a divergência jurisprudencial perante casos semelhantes não é um mal em si. No entanto, em prol do tratamento isonômico dos jurisdicionados, o dissenso é uma realidade que deve ser superada, porque a convivência estendida com a discrepância causa, de fato, insegurança, incerteza e verdadeira injustiça.” (Reflexões sobre as súmulas vinculantes, cit., p. 306).

iluminista de lei revela o caráter problemático em se sustentar que a lei, abstrata e automaticamente, assegura a igualdade dos cidadãos e a certeza do direito²¹⁸. Essa igualdade e certeza devem ser garantidas não apenas no momento da elaboração das leis, mas, sobretudo, no momento de sua aplicação, na concretização do direito²¹⁹. Por isso que, entender de modo diverso, isto é, pela manutenção da divergência judicial, significa negar toda possibilidade de atribuir certa unidade à jurisprudência (constitucional) e converter a dispersão em um valor positivo.²²⁰

4.4 Súmula vinculante e a caracterização do Supremo Tribunal Federal como “legislador positivo”

Partindo-se do pressuposto de que a súmula vinculante, tal como as leis, possui caráter geral e abstrato, mais uma vez ter-se-ia que concluir pela sua natureza legislativa e, por via reflexa, pela caracterização do Supremo Tribunal Federal como um “legislador positivo”²²¹. Com essa expressão, a toda evidência, faz-se referência à tese do “legislador negativo” defendida por Hans Kelsen para indicar a natureza do tribunal constitucional. Pretende-se, aqui, sustentar a inadequação dessa tese kelseniana para retratar a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, como de resto por vários outros tribunais constitucionais, bem como para qualificar as súmulas vinculantes como atos legislativos. Imprescindível, para tanto, rever as principais idéias de Kelsen para amparar o modelo do “legislador negativo”.

Apesar de ter sido Kelsen o idealizador dos tribunais constitucionais como órgãos de garantia da Constituição, ele não lhes atribuía natureza jurisdicional propriamente dita. Para compreender o seu raciocínio, é preciso ter em mente o que ele entendia como sendo exercício de função jurisdicional e de função legislativa. Parte-se da premissa de que tanto a função legislativa quanto a jurisdicional são formas de criação de normas jurídicas.

²¹⁸ ANZON, Adele, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, cit., p. 106.

²¹⁹ Ver: ZAGREBELSKY, Gustavo, *Manuale de di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*, cit., v. 1, p. 87.

²²⁰ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional: sistema de fuentes*, cit., p. 300.

²²¹ Como aponta Álvaro Melo Filho, ao fazer uma descrição dos argumentos a favor e contra as súmulas vinculantes: “Com o efeito vinculante das súmulas e sua validade *erga omnes*, o Poder Judiciário passa a legislar, editando regras gerais e abstratas, numa indébita invasão tipificada como usurpação de poder.” (Súmulas vinculantes: os dois lados da questão, cit., p. 105).

Ocorre que a função legislativa é responsável pela emanção de normas gerais e a função jurisdicional apenas produz normas individuais. Nessa concepção, a decisão do tribunal constitucional que anula uma lei contrária à Constituição possui o mesmo caráter de generalidade que a criação dessa mesma lei. Trata-se de uma simetria, quanto aos aspectos da generalidade e abstração, entre a produção da lei e sua invalidação pelo tribunal constitucional. Destarte, em vez de o tribunal constitucional produzir uma norma individual, ele desfaz uma norma geral com as mesmas características dessa, atuando, portanto, não como órgão jurisdicional, mas sim como um “legislador negativo”. Afirma Kelsen, referindo-se ao tribunal constitucional:

(...) o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo.²²²

No entanto, existe um fundo ideológico por trás da construção kelseniana. Em primeiro lugar, quando da elaboração do conceito de legislador negativo, a Europa continental desconhecia mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis elaboradas pelo parlamento, em razão da supremacia desse, consoante visto. Some-se a isso que, no início do século XX, época em que Kelsen expôs seu modelo de jurisdição constitucional, estava em evidência, especialmente na Alemanha, a Escola Livre do Direito, cuja filosofia antilegalista respaldava uma maior desvinculação dos juízes aos preceitos legais, sustentando inclusive a possibilidade deles proferirem decisões *contra legem* quando necessárias para preservar valores estranhos ao ordenamento jurídico, porém em sintonia com o “espírito do povo” ou a “natureza das coisas”. Sendo opositor dessa corrente jurídica, e temendo o soerguimento de um “governo de juízes”²²³, ao negar a natureza jurisdicional do tribunal constitucional e concentrando-se nessa instância o controle das leis e atos normativos, Kelsen tenta preservar a idéia de que os “verdadeiros” juízes (juízes ordinários) continuam subordinados às leis, haja vista que eles não têm

²²² KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 151-152.

²²³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, cit., p. 20.

competência para declarar sua inconstitucionalidade, atribuição exclusiva do tribunal constitucional (órgão legislativo). Ter-se-ia, destarte, a garantia de que os órgãos judiciais permaneciam adstritos à lei, já que não podiam desaplicá-las sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.

Outrossim, Kelsen parte da idéia segundo a qual, ao contrário do parlamento (legislador “positivo”), que tem uma considerável margem de liberdade para criar normas gerais, o tribunal constitucional exerce sua função quase que completamente determinada pelo texto constitucional. Tal submissão do tribunal constitucional aos preceitos constitucionais acarretaria uma (desejável, para Kelsen) diminuição de sua esfera de discricionariedade, evitando o aumento de criação do direito por parte desse órgão. Para ser fiel ao pensamento do autor, é válida a transcrição:

A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição.²²⁴

A partir dessa afirmação de Kelsen, percebe-se que o modelo de Constituição que ele tem em mente é caracterizado pela predominância de regras procedimentais, que disciplinam basicamente o modo ou o rito a ser seguido pelo legislador na elaboração das leis, ou seja, uma Constituição que regula apenas a forma de produção de outras normas jurídicas. Nessa perspectiva, a Constituição somente em caráter excepcional impõe a obediência a certos conteúdos, de sorte que, comumente, o teor da lei é aquele que o legislador livremente escolher. Nesse contexto, o trabalho do tribunal constitucional se resume em averiguar a obediência do parlamento aos procedimentos estabelecidos pelas precisas normas constitucionais de natureza procedimental, e, apenas nos poucos casos que o texto constitucional previr, aos conteúdos nela indicados.

Desse modo, Kelsen entende que os textos constitucionais não devem trazer normas como equidade, liberdade, igualdade e moralidade, dentre outras, pois poderiam conferir ao tribunal constitucional uma força insuportável. Além disso, ainda nas hipóteses

²²⁴ KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 153.

em que a Constituição albergar princípios, eles apenas podem servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis, quando o próprio texto constitucional trazer algum dado objetivo a fim de precisar o conteúdo de tais normas principiológicas. Para Kelsen, a utilização pelo tribunal constitucional de normas com a textura aberta, como se verifica, em maior grau, nos princípios jurídicos, seria “perigosa”, na medida que se correria o risco de essa corte fazer prevalecer sua concepção acerca desses conteúdos sobre a concepção do legislador. No dizer de Kelsen:

As disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer.

(...)

É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional. Para evitar tal deslocamento de poder (...) do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível.²²⁵

A partir de tais considerações, percebe-se que Kelsen almeja que o tribunal constitucional apenas atue no plano do *determinado*, no plano das regras, pois o campo dos princípios, ou seja, da *indeterminação*, é o terreno próprio do legislador²²⁶. Em última análise, o modelo de controle concentrado-abstrato na figura do tribunal constitucional, nos moldes kelsenianos, representa uma desconfiança em relação aos demais juízes e busca, em razão disso, resguardar as competências do parlamento, evitando que tais juízes exerçam o controle de suas normas, sendo, portanto, um modelo de reverência ao Poder Legislativo. Em suma, a tese do legislador negativo de Kelsen pressupõe que (a) a produção de normas gerais é tarefa exclusiva da função legislativa, (b) o tribunal constitucional apenas aplica normas bem definidas da Constituição, sendo sua atuação, por isso (c) quase que completamente determinada pelo texto constitucional.

²²⁵ KELSEN, Hans, *Jurisdição constitucional*, cit., p. 160-170.

²²⁶ Neste sentido, SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 170-171, 2000.

Todavia, mesmo adotando-se a fórmula estrutural do tribunal constitucional, expandiu-se na Europa não o modelo kelseniano do legislador negativo, mas sim o americano, que atribui natureza jurisdicional à atividade que tal órgão exerce, havendo, portanto, o reconhecimento do caráter geral de suas decisões que extirpam do ordenamento uma lei incompatível com a Constituição²²⁷. Além disso, consoante já visto, não há que se falar, mesmo nos modelos de jurisdição constitucional concentrada, em uma radical separação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária, distinção que, no Brasil, não encontra amparo, em razão da existência de jurisdição constitucional difusa.

A imagem do legislador negativo, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal apenas *aplica* as disposições constitucionais, pode transmitir precisamente a idéia de que esse Tribunal sempre lida com preceitos objetivos e clarividentes, o que ofuscaria a elevação de sua criação normativa. Assim, ter-se-ia que, no controle de constitucionalidade das leis, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tão-somente procede uma averiguação lógico-abstrata da compatibilidade da lei com a Constituição. Não obstante, o que se verifica é a produção normativa pelo Tribunal em dois planos: no legal e no constitucional. De fato, não se trata apenas de contrastar lógica e abstratamente a norma legal com uma norma precisa e bem definida da Constituição. Cuida-se de confrontar o sentido que o Tribunal atribui ao texto infraconstitucional com o sentido que ele também confere ao texto da Constituição, para, daí, extrair sua conclusão. Em outras palavras, tanto a norma constitucional, que serve de parâmetro para o controle, quanto a norma legal, objeto desse controle, são produtos da interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal. E, mais ainda, tal controle se opera diante de uma Constituição repleta de princípios jurídicos, logo, favorecendo larga produção normativa pelo Tribunal.

Com efeito, aquilo que Kelsen mais temia se tornou um traço característico de várias Constituições surgidas no segundo pós-guerra, inclusive da brasileira: a sólida presença de princípios jurídicos. Portanto, na realidade, os tribunais constitucionais de vários países, e o Supremo Tribunal Federal em particular, lidam constantemente com preceitos vagos e imprecisos, ao contrário do que pretendia o mestre de Viena. Nesse contexto, é inadequado falar que a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo

²²⁷ Ver: GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 134 e ss.; SANCHÍS, Luis Pietro, *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, cit., p. 168 e ss.

Tribunal Federal está completamente determinada pela Constituição, quase inexistindo criação de direito por tal órgão.

Diante disso, tem-se que a produção de normas gerais e abstratas não se dá unicamente através da instância legislativa, pois o Supremo Tribunal Federal, quando pratica o controle concentrado-abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos, seja decidindo pela sua validade ou invalidade, elabora, via judicial, uma norma geral e abstrata decorrente da interpretação que fez dos dispositivos legais e constitucionais. Logo, não é nenhuma novidade a produção de normas gerais pelo Supremo Tribunal Federal, nem de qualquer tribunal constitucional. A dificuldade em se reconhecer que o Supremo Tribunal Federal produz normas gerais sem ser, por isso, considerado uma sorte de “legislador positivo”, pode ser atribuída à associação entre a criação desse tipo de normas e a elaboração de leis pelo parlamento. Cuida-se, em verdade, de um resquício das concepções reinantes em um modelo de Estado Legalista, em que, sendo todo o direito reduzido às leis, essas deveriam ter como notas fundamentais a abstração e generalidade (concepção formal de lei). No entanto, uma vez operada uma considerável mudança de parâmetros com o Estado Constitucional, a produção de normas gerais deixou de ser monopólio do parlamento e o direito de ser reduzido às leis.

Portanto, a caracterização do tribunal constitucional como legislador negativo decorre mais de fatores ideológicos, estando atrelada a determinadas condições em que Kelsen pretendia que ele atuasse. Desse modo, a superação das premissas em que se apóia a tese do legislador negativo não deve levar à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outro tribunal constitucional, se tornou um “legislador positivo”, no sentido de produzir normas da mesma forma como faz o Poder Legislativo. Exerce poder normativo, certamente, porém como resultado (natural) da função que desempenha e da posição que ocupa nos quadrantes da jurisdição constitucional brasileira. Como se disse, a jurisdição constitucional é uma jurisdição especial, mas, em essência, opera em termos jurisdicionais.

Aplicando tais idéias à problemática das súmulas vinculantes, percebe-se que sua generalidade e abstração não lhes outorgam natureza legislativa, nem transformam o Supremo Tribunal Federal em um “legislador positivo”. Já se disse que as súmulas vinculantes decorrem da interpretação desenvolvida no âmbito da jurisdição constitucional

pelo Supremo Tribunal Federal, não sendo mais que a síntese de várias decisões desse Tribunal sobre a mesma matéria constitucional, a qual, sendo dotada de força obrigatória geral, busca dirimir discrepância interpretativa em matéria constitucional. O caráter geral e abstrato das decisões em sede de controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal é igual ao das súmulas. Trata-se de algo inerente à própria função que exerce o Supremo Tribunal Federal nessa espécie de controle de leis e atos normativos.

No caso das súmulas vinculantes, é natural que elas apresentem a marca da generalidade, haja vista que sua finalidade maior é superar um estado de incertezas, fixando-se, através de várias decisões do Supremo Tribunal Federal, a linha interpretativa que as demais instâncias devem seguir no julgamento de casos semelhantes. Portanto, a produção de normas gerais pelo Supremo Tribunal Federal, como se dá no caso das súmulas vinculantes, não o transforma em órgão legiferante, estando situada mais propriamente no âmbito da atividade normativa decorrente da interpretação jurídica desenvolvida no exercício da jurisdição constitucional. No mais, são válidos os argumentos a respeito da diferença entre criação legislativa e criação judicial do direito referidos às súmulas vinculantes.

4.5 Súmula vinculante e seu *status* constitucional

Outro questionamento dirigido às súmulas vinculantes parte do entendimento de que elas seriam, na verdade, normas constitucionais, dotando o Supremo Tribunal Federal não apenas de funções legiferantes (legislador “positivo”), senão de reformador da própria Constituição. A equiparação entre súmula vinculante e norma constitucional já foi sustentada por Cármen Lúcia Antunes Rocha, atual ministra do Supremo Tribunal Federal, à época da tramitação do projeto de emenda constitucional que pretendia introduzi-las no direito brasileiro:

Mais grave, contudo, é a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

É que a esse órgão máximo do Poder Judiciário da República compete “precipualemente a guarda da Constituição” (art. 102).

O objeto, pois, do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é exatamente a matéria constitucional. Como a súmula terá, na fórmula

proposta, vinculatividade, obrigatoriedade e definitividade, ela não terá, quando editada pelo Supremo Tribunal Federal, “força de lei”, mas “força de norma constitucional”.²²⁸

A nosso ver, não deveria causar estranheza o fato de o Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional ao qual compete defender a Constituição em última instância, proferir decisões dotadas de “força de norma constitucional”. Isso se dá com as decisões dessa corte que declaram a inconstitucionalidade, com efeito vinculante, de leis e atos normativos (como em sede de ADI). Embora o legislador não esteja abrangido por tal efeito, a simples reedição de lei com teor idêntico normalmente ensejaria nova pronúncia de inconstitucionalidade, ou seja, a corte manteria sua posição anterior, salvo a existência de razões consistentes para alterá-la²²⁹. Não há como olvidar, nessas hipóteses, a superioridade hierárquica da decisão do Tribunal. Ora, é precisamente por ter capacidade de se sobrepôr às leis em geral que tais decisões do Supremo Tribunal Federal, ou de qualquer outro tribunal constitucional a que se credite a defesa da Constituição, ostentam “força de norma constitucional”.

O mesmo se passa com o controle efetuado sobre uma emenda constitucional. Nesse caso, o legislador também não estaria livre de uma fiscalização pelo Supremo Tribunal Federal, pois ele poderia enxergar na emenda um instrumento que viola cláusulas pétreas. Quando uma corte constitucional anula um ato de reforma constitucional, ela produzirá, ao final, uma decisão não apenas situada no patamar de uma norma constitucional, mas, a rigor, uma decisão que se aproxima, hierarquicamente, dos preceitos constitucionais originários.

Portanto, observe-se que a criação de direito com *força de norma constitucional* por parte do Supremo Tribunal Federal é conseqüência da própria existência de todo um modelo de jurisdição constitucional, e não da súmula vinculante, que é apenas um de seus componentes. Por isso, esse fato não deve ser visto com repúdio, nem como característica atípica da jurisdição constitucional.

²²⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Sobre a súmula vinculante, cit., p. 58. Seguindo essa mesma linha, Sérgio Sérulo da Cunha também afirma que as “decisões em matéria constitucional – portanto interpretativas da Constituição – não terão força de lei ordinária, mas força de norma constitucional” (Nota breve sobre o efeito vinculante, cit., p. 13).

²²⁹ TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 221.

Cabe, neste passo, esclarecer um ponto. Apenas as súmulas vinculantes que se fundarem diretamente no texto da Constituição estarão situadas em patamar de preceitos constitucionais, sendo aplicáveis todas as observações feitas acima. As demais súmulas que se basearem diretamente em textos infraconstitucionais, e apenas indiretamente na Constituição, permanecerão, a rigor, em nível supralegal: o enunciado normativo da súmula se sobrepõe ao conjunto de enunciados normativos das leis de onde ela emergiu. Assim, a comparação, quanto ao grau hierárquico, entre súmulas vinculantes e normas constitucionais parece mais acertada quando referidas ao primeiro grupo daquelas. É sobre esse grupo que se continuará a discorrer.

Pois bem, o que se disse até aqui não deve levar à conclusão de que as decisões do Supremo Tribunal Federal pautadas diretamente na Lei Maior, assim como as súmulas vinculantes de *status* constitucional, são *formalmente* normas constitucionais ou, ainda, genuínos preceitos constitucionais originários. Viu-se que, de acordo com os pressupostos assumidos neste trabalho, a interpretação constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal envolve produção normativa. Nessa medida, a sua jurisprudência, construída a partir do texto da Constituição, afigura-se como normas materialmente constitucionais. Isso não poderia ser diferente, em se tratando de um guardião da Constituição, haja vista que suas atividades estarão, direta ou indiretamente, referidas à implementação dos preceitos constitucionais. Portanto, entende-se que a produção normativa em nível constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, assim como a de outro tribunal constitucional com atribuições semelhantes, estabelece-se material-jurisprudencialmente, em virtude de suas funções de intérprete máximo da Constituição e da necessidade de preencher-lhe o conteúdo. Percebe-se então que ser materialmente constitucional e ter “força de norma constitucional” não são atributos exclusivos das súmulas vinculantes.

No limite, caso não se reconheça como legítima a criação de direito material em nível constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (e não apenas da súmula vinculante), ter-se-ia que sustentar a própria inconveniência em se atribuir a tal órgão a tutela consistente e eficaz da Constituição brasileira.

Pertinente é a lição de García de Enterría, para quem o tribunal constitucional atua como um “comissionado direto” do poder constituinte originário:

Toda a polêmica sobre o caráter excessivamente criador da jurisprudência constitucional, sobre sua atuação efetiva como poder paraconstituente ou de revisão ou emenda constitucional, que é de onde surge a grave questão de sua legitimidade, não é mais que a transposição da polêmica comum sobre o caráter criador e evolutivo da jurisprudência em geral, sobre sua efetiva separação de uma atividade meramente exegética de texto ou códigos legais supostamente fechados, sobre a não adequação do juiz ao papel que lhe reservava a ingênua teoria da legalização completa do direito como simples *bouche qui prononce les paroles de la loi*, na conhecida fórmula de Montesquieu. Hoje esta polêmica está liquidada e este ganho deve ser trasladado em bloco ao terreno da justiça constitucional.

Não há, pois, “usurpação” de poder normativo (e neste caso de poder constituinte, que é o gravíssimo cargo que se faz) por parte dos tribunais constitucionais; há (ou ao menos deve haver, se os tribunais operam como tais) um uso ordinário de técnicas jurídicas estabelecidas e imprescindíveis para interpretar e aplicar normas jurídicas.²³⁰

Acosta Sanches, embora discordando, em parte, de García de Enterría, também conclui, a respeito da produção normativa pela jurisdição constitucional:

Um órgão de natureza jurisdicional não pode ter à sua vez natureza constituinte, constituir formal e originariamente o Estado. Se, como na realidade ocorre, as jurisdições constitucionais de todas as classes criam Constituição, não pode tratar-se em nenhum caso da Constituição formal, obra do poder constituinte do soberano, senão de outra coisa, normas materialmente constitucionais, direito constitucional jurisprudencial.²³¹

Destarte, o poder constituinte originário e o reformador não serão os únicos habilitados a produzir direito constitucional, pois a existência mesma de um tribunal encarregado de dizer a última palavra em sede de interpretação da Constituição implica a inevitável criação de normas materialmente constitucionais²³². E essa criação, como se apontou, é impulsionada pela própria estrutura aberta e fragmentária da Constituição, que

²³⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, cit., p. 223-225.

²³¹ ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*, cit., p. 366.

²³² Referindo-se à atuação do tribunal constitucional como uma modalidade de poder constituinte originário, aduz Paulo Bonavides: “(...) esse novo poder constituinte originário, qual estamos a teorizá-lo, não desampara a Constituição depois de feita, antes a acompanha e modifica, posto que não tenha titularidade definida, ou careça da racionalidade do momento constituinte ou haja tomado ocasionalmente configuração difusa. Diante da lentidão com que atua, só é possível perceber-lhe a presença invisível quando se constatarem as transformações já operadas na Constituição sem a interferência do poder constituinte derivado. Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Explicita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma ‘compreensão prévia’, ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito.” (*Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 187).

viabiliza, inclusive, uma mudança informal de seu conteúdo, sem alteração de seu texto. Por isso, 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 das 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.

Diante do exposto, tem-se que a criação de direito constitucional material jurisprudencial através das súmulas vinculantes não deve ser equiparada ao exercício de função reformadora da Constituição. Realmente, a função reformadora, a rigor, pode ser tida como uma espécie de exercício de função legiferante, levada a cabo pelo Corpo Legislativo, com todas as características que esta apresenta, sendo aplicáveis as observações a respeito das diferenças entre criação legal do direito e criação judicial.

Além disso, as decisões que respaldam as súmulas vinculantes não buscam, tal como se dá na reforma da Constituição, uma alteração do próprio texto constitucional, seja introduzindo novos enunciados, seja suprimindo ou modificando os antigos. As decisões que estão na base da súmula vinculante, como toda decisão judicial resultante de interpretação, devem levar em conta os enunciados normativos anteriormente estabelecidos pelo órgão legiferante, os quais servem, inclusive, de limite à interpretação jurídica. Nesse diapasão, as súmulas vinculantes têm a finalidade de fixar a diretriz jurídico-constitucional que os demais aplicadores do direito devem observar, superando a divergência judicial e fomentando o tratamento igualitário na aplicação do direito.

4.6 Síntese

Do exposto, depreende-se que as súmulas vinculantes não são manifestações de atividade legislativa do Supremo Tribunal Federal, não se devendo falar em ofensa à separação dos poderes. Elas são resultantes de criação judicial do direito resultante de interpretação jurídica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da

jurisdição constitucional. A vinculação dos demais juízes às súmulas vinculantes decorre da posição singular do Supremo Tribunal Federal como intérprete último da Constituição e instância decisória final da jurisdição constitucional, pelo que, em caso de discrepância judicial, necessita ser fixada a interpretação jurídica a ser seguida pelos outros órgãos. Cuida-se, ademais, de uma exigência de aplicação isonômica do direito para situações semelhantes.

Além disso, não se deve confundir o caráter material e jurisprudencialmente constitucional das súmulas vinculantes com o caráter formal de normas constitucionais emanadas do poder constituinte originário ou do poder de reforma, pois, como visto, há significativas diferenças entre a produção legislativa do direito e a produção judicial do direito, de que as súmulas são espécies.

5 SÚMULAS VINCULANTES, OS ASSENTOS DO DIREITO PORTUGUÊS E A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*: OS LIMITES DE UMA COMPARAÇÃO

5.1 Considerações iniciais

Nas discussões sobre as súmulas vinculantes, costuma-se aproximá-las do instituto dos assentos do direito português. Por isso, não raro as críticas que alguns autores lusitanos lançaram sobre os assentos são aproveitadas aqui para atacar a legitimidade das súmulas vinculantes. Além disso, a circunstância de os assentos terem sido considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional português²³³ é utilizada como um argumento, cujo valor persuasivo não pode ser olvidado, por aqueles que sustentam a inconstitucionalidade do referido instituto brasileiro. Pretende-se, por tais razões, verificar até que ponto essa comparação pode ser realizada para justificar a utilização da doutrina portuguesa sobre os assentos no estudo das súmulas vinculantes, notadamente para respaldar objeções a seu respeito.

Outra comparação que comumente envolve as súmulas vinculantes se refere ao instituto dos precedentes obrigatórios do direito norte-americano, refletido na conhecida doutrina do *stare decisis*. Assim, a partir do momento em que se concebe a súmula vinculante como uma importação equivocada do *stare decisis*, tem sido recorrente apontar os malefícios da transposição de uma categoria típica do sistema do *common law* para um modelo que segue a tradição dos sistemas romano-germânicos, como é o caso do Brasil. Dessa forma, as súmulas vinculantes trariam como conseqüência a perda da centralidade da lei no nosso ordenamento jurídico, causando profundas deturpações no sistema. Em virtude disso, também se almeja analisar o grau de proximidade entre as súmulas vinculantes e o *stare decisis*, perquirindo um suposto efeito devastador que aquelas provocariam no sistema jurídico pátrio.

²³³ Acórdão n. 810/93.

5.2 Os assentos do direito português e as súmulas vinculantes

5.2.1 Sobre o instituto dos assentos

Os assentos, em linhas gerais, são prescrições jurídicas extraídas de acórdãos, cuja finalidade precípua é a uniformização de jurisprudência. Tais decisões são dotadas de “força obrigatória geral”, devendo ser seguidas nos casos semelhantes no futuro. Desse modo, com base nos assentos:

(...) ao Supremo Tribunal de Justiça, confrontado com um *conflito de jurisprudência* que respeite requisitos processualmente definidos, é imposta a *obrigação* de o resolver *definitivamente* através da enunciação de uma prescrição jurídica que, tendo embora resultado da solução dada àquele conflito ou sendo a síntese dessa solução, passa a *valer para o futuro* como preceito *preceito normativo geral e abstracto* dotado de *força obrigatória geral*.²³⁴

Como observa Canotilho, “os assentos eram normas materiais ‘recompostas’ através de uma decisão jurisdicional ditada pelo Supremo Tribunal de Justiça sempre que houvesse contradição de julgados sobre as mesmas questões de direito no domínio da mesma legislação”.²³⁵

Vale observar que os assentos tiveram uma longa caminhada na história do direito português. Sua feição inicial pode ser reconduzida aos antigos assentos da Casa da Suplicação, já conhecidos na Segunda Ordenação e tratados depois com desenvolvimento nas Ordenações Filipinas e em legislação esparsa. De todo modo, foi com o Código de Processo Civil de 1939 que se consagrou a denominação “assentos” para os acórdãos proferidos pelo plenário do Supremo Tribunal de Justiça nos recursos de uniformização de jurisprudência, resgatando a antiga terminologia do instituto da Casa da Suplicação.

No artigo 768º do mencionado Código, encontrava-se a extensão da força vinculante dos assentos:

²³⁴ NEVES, Antonio Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 30.

²³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 938.

Artigo 768º - A doutrina assente pelo acórdão que resolver o conflito de jurisprudência será obrigatória para todos os tribunais enquanto não for alterada por outro acórdão proferido nos termos do artigo seguinte.

Além disso, no artigo 769º do citado diploma legal, previa-se a possibilidade de alteração do assento fixado pelo Supremo Tribunal de Justiça:

Artigo 769º - Quando em julgamentos posteriores do Supremo Tribunal de Justiça a maioria dos juízes que intervierem na decisão se pronunciar pela alteração da jurisprudência fixada pelo tribunal pleno, o processo será concluso a outros juízes até se vencer, por sete votos, a observância da jurisprudência estabelecida ou a necessidade da alteração. Neste último caso o Presidente ordenará que o processo seja continuado com vista aos restantes juízes e a questão será depois decidida em tribunal pleno. Se a final prevalecer a alteração da jurisprudência, lavrar-se-á novo assento, a que é aplicável o disposto no artigo anterior e seus parágrafos.

Nada obstante, o Código de Processo Civil de 1961 promoveu relevante alteração no instituto dos assentos, na medida que suprimiu a possibilidade, prevista no Código de 1939, de o próprio Supremo Tribunal de Justiça alterar a doutrina fixada nos seus assentos. Assim, a partir do diploma de 1961, os assentos não podiam mais ser modificados pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça.

Outra modificação relevante na sua estrutura veio a ser introduzida pelo Código Civil de 1966, que estabeleceu a seguinte regra em seu artigo 2º: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. Esse dispositivo legal veio confirmar a amplitude da vinculação dos assentos, estipulando a sua obrigatoriedade jurídica geral.

Pois bem, foi essa a configuração final dos assentos portugueses. Para fins de sistematização, importa ressaltar as notas essenciais desse instituto: a) os assentos correspondem à doutrina fixada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça; b) sua finalidade é uniformizar a jurisprudência, servindo à unidade do ordenamento e à segurança jurídica; c) o seu pressuposto é a divergência jurisprudencial nesse próprio Tribunal, impondo-lhe o dever de adotar linha jurisprudencial; d) para que o assento seja criado, basta um único acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que venha a eliminar o conflito jurisprudencial; e) o entendimento externado nesse acórdão possui força

obrigatória geral, devendo ser aplicado nos casos futuros; f) os assentos não podem ser revistos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça.

Diante de tais elementos, Castanheira Neves, crítico contundente dos assentos, partia de três critérios para identificar a sua natureza jurídica. Em primeiro lugar, o órgão emissor do assento é um tribunal, no caso, o Supremo Tribunal de Justiça. Em segundo lugar, esse órgão judicial é convocado para tratar de conflito de jurisprudência através da interposição de recurso, pelo qual resolverá o conflito através de atividade jurisdicional. Por fim, esse órgão, ao criar o assento, ultrapassa sua função jurisdicional estrita, pois prescreve uma norma jurídica (assento) geral e abstrata, em vez de emanar ato individual e concreto, vocacionada a aplicação futura em outros casos semelhantes²³⁶. Desse modo, o autor enxergava nos assentos o resultado de uma função que mais se aproximava da legislativa do que da jurisdicional. Na definição desse autor, os assentos consistem:

(...) em 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 eficácia de uma *vinculação normativa universal* como se reconhece legalmente com o carácter de *fonte de direito*, com o que assumem a natureza de uma *disposição legislativa*.²³⁷

Uma vez delineados os contornos principais dos assentos, é possível estabelecer um paralelo entre eles e as súmulas vinculantes brasileiras. Ressalte-se, contudo, que o arcabouço antes exposto tem por finalidade apenas fornecer os elementos necessários para tal comparação, não se objetivando, portanto, um estudo minucioso daquela categoria do direito português.

5.2.2 Semelhanças entre os assentos portugueses e as súmulas vinculantes

Pode-se apontar duas grandes semelhanças que aproximam as súmulas vinculantes dos assentos portugueses.

²³⁶ NEVES, Antonio Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos*: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional, cit., p. 30-31.

²³⁷ *Ibidem*, p. 34.

A primeira delas diz respeito à finalidade dos dois institutos. Com efeito, tanto as súmulas quanto os assentos buscam conferir um tratamento uniforme a determinada questão jurídica, diminuindo assim o grau de insegurança jurídica, no que tange à interpretação e aplicação do direito. Todavia, essa poderia ser uma finalidade mais abrangente ou mediata dos dois institutos, porque os assentos buscam, em primeiro plano, superar um conflito de jurisprudência com o qual se deparou o Supremo Tribunal de Justiça. As súmulas vinculantes, por outro lado, pretendem evitar a repetição de ações idênticas no Supremo Tribunal Federal. De toda sorte, ambos têm por finalidade diminuir as incertezas jurídicas na aplicação do direito. Assim, os assentos e as súmulas são instrumentos que buscam certa padronização do entendimento jurisprudencial, através da qual se pretende alcançar uma unidade jurídica possível.

Outro aspecto que toca os dois institutos consiste na sua estrutura jurídico-normativa. Ambos são prescrições jurídicas gerais e abstratas, razão pela qual ultrapassam o litígio concreto do qual se originaram, oferecendo a diretriz hermenêutica para os casos análogos no futuro. Cuida-se de expressões do poder normativo de tribunais superiores.

5.2.3 Diferenças entre os assentos portugueses e as súmulas vinculantes

Muito embora a finalidade e a estrutura normativa dos institutos sejam bem semelhantes, os elementos que compõem seus pressupostos de criação e aplicação, assim como seu regime jurídico, demonstram que eles não devem ser equiparados totalmente.

Com efeito, o primeiro aspecto que cabe diferenciar nos institutos diz respeito aos requisitos de criação de cada um. Consoante visto, os assentos são criados a partir de uma única decisão do Superior Tribunal de Justiça. Em outras palavras, desde que verificado o conflito de jurisprudência, um único acórdão desse Tribunal que puser fim ao conflito servirá de base para a construção do assento que, por sua vez, deverá ser seguido por todos. As súmulas vinculantes, por outro lado, requerem reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido. Logo, é impossível, no direito brasileiro, criar súmulas vinculantes, validamente, a partir de uma decisão apenas do Supremo Tribunal Federal.

Ora, esse dado revela que as súmulas vinculantes são precedidas de um entendimento firme e consolidado por parte do Supremo Tribunal Federal, que o aplicou reiteradas vezes a casos com questões jurídicas idênticas. Isso aumenta a credibilidade da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, pois se sabe que nela está refletida o posicionamento consistente de, no mínimo, oito dos seus onze membros, e que foi aplicado a diversas situações pretéritas. Como o assento português somente exige uma única decisão para ser elaborado, é possível não se depositar tanta confiança no entendimento ali estabelecido, pois ele não resulta de uma aplicação reiterada e constante a casos idênticos. Sob tal aspecto, o entendimento firmado no assento, em comparação com o estabelecido na súmula, pode ser encarado como frágil e incerto.

Somado a essa diferença, aponte-se para a circunstância de que os assentos não podem ser revistos pelo próprio tribunal que os criou. Isso significa que uma eventual alteração do assento só se faz mediante atuação do Poder Legislativo, que deve elaborar uma lei suplantando a doutrina fixada no assento. Sob essas circunstâncias, na observação de Jorge Miranda, lavrar um assento seria para o Supremo Tribunal de Justiça tecer uma malha de onde não poderá mais tarde sair.²³⁸

A impossibilidade de reversão do assento pelo próprio Tribunal, aliada ao fato de que uma única decisão seria suficiente para a sua criação, apontam para o inconveniente que tal instituto representava no interior do ordenamento jurídico. De fato, paralelamente à fixidez do sistema normativo provocada pela imutabilidade judicial dos assentos, encontra-se a circunstância de que essa “doutrina” fora construída a partir de um único caso concreto, não contando, dessa forma, com mecanismos que permitissem um posterior debate sobre o acerto da decisão.

Salta aos olhos que, também nesse aspecto, os assentos não podem ser assemelhados às súmulas vinculantes. Realmente, não só as súmulas podem ser revistas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como, ainda, vários são os entes legitimados a provocá-lo para rever seu posicionamento, “abrindo”, com isso, a sociedade dos intérpretes da Constituição. Por isso, as súmulas não podem ser vistas como instrumentos de engessamento ou de asfixia do direito. Enquanto o regime aplicável às súmulas vinculantes

²³⁸ MIRANDA, Jorge, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, cit., p. 200.

assegura a permeabilidade da autoridade do Supremo Tribunal Federal, no caso dos assentos, essa autoridade só é quebrada pelo próprio Poder Legislativo.

Por isso, entende-se que as próprias regras procedimentais aplicáveis aos assentos já se mostram suficientes para arranhar sua própria legitimidade, obnubilando seu escopo principal de promover a segurança jurídica.

No entanto, cumpre ressaltar um outro ponto. As súmulas vinculantes, cujo conteúdo deve ser necessariamente matéria constitucional, são criadas pelo Supremo Tribunal Federal atuando como corte constitucional, a quem compete naturalmente defender a Constituição brasileira. Os assentos, ao revés, são elaborados pelo Supremo Tribunal de Justiça, e não pelo Tribunal Constitucional português, esse sim defensor da Constituição lusitana. Portanto, distinguem-se as súmulas dos assentos também pela função desempenhada pelos seus respectivos órgãos criadores.

O interesse nesse detalhe está em que as decisões do Tribunal Constitucional português que declaram a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas são dotadas de “força obrigatória geral”, seja no controle concentrado, seja no controle difuso-concreto, nesse caso quando ele já tiver se pronunciado três vezes sobre questão idêntica²³⁹. Como se sabe, no Brasil, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade se revestem do efeito vinculante e, no caso das súmulas, à semelhança do “processo de generalização”²⁴⁰ no ordenamento português, existe um trânsito do modelo difuso-concreto para o concentrado-abstrato. É certo, contudo, que nem todas as decisões do Tribunal Constitucional português possuem “força obrigatória geral”. Porém, como já observado, dada a importância que os tribunais constitucionais assumiram nos Estados Constitucionais contemporâneos, suas decisões se afiguram como modelos de conduta a serem seguidos pelas demais instâncias, ainda que, formalmente, em certas situações, não possuam obrigatoriedade.

²³⁹ Artigo 281º, ns. 1 e 3 da Constituição portuguesa.

²⁴⁰ “Permite-se o trânsito do controle difuso para o controle concentrado quando o Tribunal Constitucional tiver julgado e considerado inconstitucional ou ilegal uma norma em três casos concretos. Neste caso, ele poderá fixar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade dessa norma (cfr. art. 281º/2). Existe aqui um fenômeno de *generalização* e o processo a isso destinado designa-se vulgarmente *processo de generalização*. Os efeitos jurídicos não se limitam aos casos concretos já julgados, antes se generaliza o juízo de inconstitucionalidade.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.024 – destaque no original).

Pelo exposto, acredita-se que uma eventual comparação entre as súmulas vinculantes e os assentos portugueses não pode olvidar esses fatores que tanto os separam. Por isso, traços relevantes dos assentos que tanto provocam a indignação de autores lusitanos, como Castanheira Neves, não estão presentes nas súmulas vinculantes brasileiras. Além disso, as súmulas vinculantes, como se viu, enquadram-se no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, estabelecendo uma ponte entre o modelo difuso-concreto e o concentrado-abstrato, razão pela qual estão em sintonia com a função que o Supremo Tribunal Federal desempenha como intérprete último do texto constitucional. Assim, ela estabelece uma estreita conexão entre esses modelos, pois parte do efetivo exercício da jurisdição difuso-concreta pelos diversos juízos e tribunais para, em razão de divergência surgida no bojo de tal exercício, aproximar-se do modelo concentrado-abstrato, na medida que a jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal, e sintetizada na súmula, torna-se obrigatória para todos, eliminando a controvérsia e assegurando aos jurisdicionados o direito à igual aplicação do direito.

5.3 Súmulas vinculantes e a doutrina do *stare decisis*

5.3.1 A doutrina do *stare decisis* no *common law*

A doutrina do precedente vinculante é considerada uma regra fundamental do direito inglês e dos sistemas jurídicos dele derivados historicamente, como é o caso do direito norte-americano. Ressalte-se que o enorme valor atribuído aos precedentes também se justifica no fato de que, em seus primórdios, no *common law*, havia pouquíssimas leis, limitadas, basicamente, ao regramento do direito público. Assim, o direito passou a ser enunciado, em grande medida, através das decisões judiciais.²⁴¹

O sistema de *common law* está assentado basicamente no direito judicial. É a jurisprudência a principal fonte de direito. Nesse sentido, a obrigatoriedade do precedente deriva de uma tradição do *common law*, segundo a qual uma regra de direito deduzida de

²⁴¹ Ver: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 357 e ss.; RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 8, abr. 1994.

uma decisão judicial será considerada e aplicada na solução de um caso semelhante no futuro. Ela é sintetizada na máxima *stare decisis et non quieta movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que já foi decidido).²⁴²

Na cultura jurídica dos Estados Unidos, uma vez que uma corte de recursos, nos âmbitos estadual e federal, decidiu um caso, essa decisão valerá como precedente, aplicando-se a casos futuros análogos. Os juízes de primeira instância não estabelecem precedentes, nem possuem uma autoridade genérica para revogar um precedente anterior²⁴³. Dessa forma, as decisões judiciais proferidas por tais cortes apresentam uma função dupla. Em primeiro lugar, a decisão põe fim ao litígio sob exame. Em segundo lugar, por força da doutrina do *stare decisis*, essa decisão também tem valor de precedente.

Tamanha a importância dos precedentes nesse modelo que eles constituem o principal ponto de partida para a resolução dos problemas jurídicos, o que demonstra o grau de enraizamento da doutrina do *stare decisis* no sistema norte-americano. A esse respeito, observa Benjamin Cardozo:

(...) num sistema altamente desenvolvido como o nosso, os precedentes ocuparam o terreno a tal ponto que é neles que devemos buscar o início do trabalho do juiz. Quase invariavelmente, o primeiro passo do juiz é examiná-los e compará-los. Se são claros e objetivos, talvez não seja necessário recorrer a mais nada. *Stare decisis* é, no mínimo, a regra operativa cotidiana do nosso trabalho.²⁴⁴

Outrossim, a vinculação ao precedente não significa estagnação, nem rigidez absoluta da jurisprudência. Com efeito, as próprias cortes podem revogar precedentes anteriores, quando entenderem que estão obsoletos e ultrapassados²⁴⁵. Elas não se encontram, portanto, vinculadas aos próprios precedentes, podendo modificar uma orientação jurisprudencial prévia, decidindo em sentido contrário. Além disso, pode haver a superação de um precedente por via legislativa.

²⁴² RE, Edward D., *Stare decisis*, cit., p. 8.

²⁴³ COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 23, n. 92, p. 79 e ss., out./dez. 1998.

²⁴⁴ CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 9.

²⁴⁵ DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 490.

Pois bem, diante desse quadro, alguns têm encarado as súmulas vinculantes como um mecanismo através do qual se introduziu, no Brasil, a doutrina do *stare decisis* do direito norte-americano, cujas raízes, diferentemente das nossas, se encontram no *common law*. Portanto, considerando uma oposição quase que radical entre o sistema de *common law* e o de *civil law*, as súmulas vinculantes seriam inadequadas ao nosso país.

Todavia, acredita-se não ser correto o estabelecimento de um antagonismo entre os dois modelos na atualidade, pois o valor da jurisprudência nos países de *civil law* tem aumentado de forma significativa, o que conduz, em determinados termos, a uma certa aproximação com o modelo do *common law*.

5.3.2 Aproximação entre o *common law* e o *civil law*

A suposta incompatibilidade absoluta existente entre tais sistemas jurídicos parte de específicas concepções acerca do papel das leis no ordenamento jurídico, bem como do papel desempenhado pelo Judiciário. Assim, caso se conceba que as leis e os códigos são conjuntos normativos auto-suficientes, as decisões judiciais não ostentariam nenhum valor enquanto fonte de direito, já que apenas *aplicam*, sem nenhum acréscimo de sua parte, a obra elaborada pelo legislador. Por isso que, se, por um lado, em razão da própria tradição do *common law*, as decisões judiciais são reputadas as principais fontes de direito, por outro, no *civil law*, o direito se encerraria na lei, não havendo espaço para criação judicial do direito.

Entretanto, tais concepções em torno da lei e do valor da jurisprudência nos países da Europa continental podem ser reconduzidas ao modelo de Estado de Direito Legalista ou Legalitário, em que há um legislador universal, responsável pela construção de obras harmônicas, bem estruturadas e possuidoras de amplo poder de previsibilidade dos conflitos jurídicos a serem resolvidos pelos juízes²⁴⁶. Como já ressaltado, tal hegemonia hipertrófica da lei nada mais era do que o reflexo do monismo político e da supremacia do Poder do Legislativo no Estado Legalista.

²⁴⁶ Ver o item 1.3.

No entanto, como se sabe, em virtude da própria insuficiência regulatória das leis em uma sociedade marcada por um grau maior de complexidade, bem como pelo quadro de hipertrofia legislativa, causador de um emaranhado de preceitos no sistema jurídico, tem-se elevado o papel criativo da atividade judicial. Some-se a tais fatores o reconhecimento de que toda atividade interpretativa envolve um *quantum* variável de produção normativa, uma vez que as leis não oferecem respostas prontas e acabadas para o juiz. Daí que a interpretação jurídica é responsável pela própria construção de conteúdos dos enunciados normativos (textos legais). Em suma, o juiz cria direito como resultado (natural) de sua atividade hermenêutica. Nesse sentido, é de se concluir que a jurisprudência no Brasil pode ser alçada a uma relevante fonte de direito, de sorte que ela é constantemente utilizada como parâmetro para a tomada de decisões, em casos semelhantes aos já decididos.²⁴⁷

Convém ressaltar que essa elevação de criatividade judicial é verificada, e mais acentuadamente, no âmbito da jurisdição constitucional, em que o juiz se depara com um texto aberto e muitas vezes impreciso. Essa situação é propiciada em larga escala pela presença de princípios jurídicos nos textos constitucionais, conferindo maior liberdade na interpretação judicial e provocando, por via de consequência, o aumento da criatividade do juiz. Assim, o conteúdo constitucional passa a ser delineado pela jurisdição constitucional e, no Brasil, com a participação decisiva do Supremo Tribunal Federal. Diante desse novo cenário, a jurisprudência constitucional erguida pelo Supremo Tribunal Federal não deve ser vista como um mero repertório de decisões, mas sim como uma forma de concretização da Constituição.

Sob essa perspectiva, percebe-se que a aproximação entre os sistemas anglo-saxão judicialista e o continental codicista decorre de alterações estruturais que este vem experimentando ao longo dos anos, com a falência dos postulados do Estado de Direito Legalitário, o que tem gerado uma valorização da jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente dos que exercem a jurisdição constitucional em caráter definitivo. É nessa perspectiva que se considera a aproximação entre esses sistemas jurídicos, isto é, por força da crescente importância que tem assumido a jurisdição constitucional nos países europeus

²⁴⁷ “O direito encontra-se, assim, nos países de família romano-germânica, não só nas regras de direito, tal como são formuladas pelo legislador, mas também na interpretação que os juízes fazem destas fórmulas.” (DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, cit., p. 108).

continentais. Isso, de fato, tem provocado, na prática, uma aproximação entre tais modelos, de modo que a jurisprudência criada pela jurisdição constitucional tem assumido extrema relevância na concretização dos conteúdos constitucionais. A súmula vinculante, no máximo, poderia ser vista como um instituto que potencializa essa aproximação, mas não como sua causa ou fator determinante.

5.3.3 Súmula vinculante, jurisdição constitucional e *stare decisis*

O dever de obediência pelas instâncias inferiores e pela Administração pública à jurisprudência constitucional firmada pelo Supremo Tribunal Federal através de súmulas vinculantes não deve ser visto como a introdução acrítica do *stare decisis*, nem como a total desconsideração da lei criada por corpo legislativo. Basicamente, as súmulas se aproximam do *stare decisis* apenas no que tange ao caráter obrigatório e geral de uma orientação interpretativa proveniente de uma corte superior. No entanto, as súmulas vinculantes se inserem no quadro geral da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão que decide em caráter definitivo sobre a interpretação jurídico-constitucional. Como dito desde o início, esse deve ser o ponto de partida para a análise das súmulas vinculantes.

Importa observar que a jurisprudência sintetizada na súmula é resultado de várias interpretações em um mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal. Tais interpretações devem ter-se baseado em textos normativos anteriormente criados pelo legislador. Nesse sentido, o texto normativo serve não apenas como ponto de partida para a interpretação judicial como, igualmente, limite a essa atividade. Porém, a adesão ao entendimento contido na súmula vinculante decorre da necessidade de se padronizar a interpretação jurídico-constitucional nas demais instâncias, propiciando a aplicação isonômica do direito aos jurisdicionados que se encontram numa mesma situação jurídica. Busca-se, enfim, diminuir a insegurança jurídica, coibindo a “jurisprudência lotérica”.

Ademais, querer sustentar que os juízes só estão submetidos à lei é ignorar as profundas alterações oriundas da consolidação da jurisdição constitucional²⁴⁸. Posição

²⁴⁸ Ver o item 4.3.

como essa geralmente parte do pressuposto de que todo manancial jurídico se encerra no direito legislado. Porém, a existência de um órgão judicial responsável pela interpretação última da Constituição implica que sua jurisprudência pacífica deve ser seguida pelas demais instâncias. A submissão à lei, desse modo, não deve ser compreendida como sujeição à lei elaborada pelo órgão legislativo, mas sim à norma que se elabora a partir de seus enunciados e que foi consolidada jurisprudencialmente pelo órgão máximo da jurisdição constitucional. Por essa razão, e sempre visando à implementação possível do princípio da igualdade e a superação de um estado de incertezas, justifica-se a vinculação à jurisprudência constitucional sumulada do Supremo Tribunal Federal, visto tratar-se de interpretação jurídica firmada como órgão que atua como corte constitucional, tendo como um dos pressupostos a existência de divergência judicial. A base desse raciocínio é que, como já dito, a jurisdição constitucional reformulou de maneira indireta a sujeição do juiz à lei, que deverá se dar segundo a interpretação que dela realize o tribunal constitucional.

Por isso, as súmulas não devem ser vistas como uma espécie de transposição equivocada do instituto do *stare decisis* para o direito brasileiro, sendo mais correto afirmar que ele serviu, no máximo, de inspiração para o instituto brasileiro. Sendo assim, é preciso identificar a súmula vinculante como um elemento adicional a fazer parte do nosso sistema de jurisdição constitucional misto, que agrega componentes do modelo difuso e do concentrado, em cujo âmbito, reitere-se, as decisões já se revestem de efeito vinculante. Portanto, nada mais fazem do que aperfeiçoar um modelo já existente de garantia judicial da Constituição.

6 REGIME JURÍDICO DA CRIAÇÃO, REVISÃO E CANCELAMENTO DAS SÚMULAS VINCULANTES

6.1 A criação, revisão e cancelamento de súmula vinculante como processos objetivos

Pode-se ter como sedimentada a idéia de que o controle abstrato de normas se caracteriza por ser um processo de natureza objetiva. A qualificação desse processo como objetivo serve para destacar sua distinção do tradicional processo “subjetivo”, em que há partes contrapostas, cuja lide se caracteriza por haver uma pretensão resistida. Nessa espécie de litígio, as partes (autor e réu) postulam direitos subjetivos e particulares, exercendo, para tanto, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

No que tange ao processo objetivo, mais comumente referido ao controle de constitucionalidade em abstrato, costuma-se afirmar que nele não estão em jogo interesses particulares dos envolvidos²⁴⁹. Sua finalidade principal consiste na defesa da Constituição, na higidez do ordenamento jurídico ou na preservação da segurança jurídica.²⁵⁰

Em razão dessa finalidade, entende-se que as regras jurídico-processuais (como as do Código de Processo Civil, por exemplo) que regulam a típica composição de litígios intersubjetivos não podem ser transpostas, sem maiores adaptações, para o processo objetivo. Por isso, descabe falar em partes, no sentido de que existe um autor e um réu nos moldes clássicos da relação processual. No processo objetivo, existem legitimados ativos que podem dar início ao processo de controle de normas para manter a supremacia da

²⁴⁹ “(...) o processo abstracto de controlo de normas não é um *processo contraditório*, no qual as partes ‘litigam’ pela defesa de direitos subjetivos ou pela aplicação de direito subjectivamente relevante. Trata-se, fundamentalmente, de um *processo objetivo* sem contraditores, embora os autores do acto normativo submetido a impugnação possam ser ouvidos (...)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1.007-1.008).

²⁵⁰ Sobre as características do processo objetivo, ver: MENDES, Gilmar Ferreira. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 52-55; TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 392 e ss.; CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 141 e ss.; ZAVASCKI, Teori Albino, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 42-45; Ver também: STF – ADC n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU, de 06.12.1993.

Constituição. Porém, quando procedem a isso, não atuam em nome próprio, nem movidos por interesses particulares, como se dá nos conflitos intersubjetivos “clássicos”.

A experiência do controle abstrato de normas tem atenuado o rigor desses postulados, muito embora seja mantida a idéia de que a natureza do processo que o caracteriza não se confunde com aquele tido como “subjetivo”. Em linhas gerais, esse abrandamento tem se dado a partir dos seguintes fatos: a) o controle abstrato de constitucionalidade não é feito unicamente a partir do contraste, em tese, das normas em conflito, exigindo, não raro, a análise de fatos concretos e de instrumentos probatórios relevantes para a descoberta de uma solução adequada; b) como consequência, passou-se a admitir a participação de entidades e órgãos que pudessem contribuir, a partir dos conhecimentos específicos de suas áreas de atuação, no deslinde da questão constitucional; c) a idéia de que os legitimados ativos não atuam com base em interesses subjetivos não deve ser entendida como ausência absoluta de motivos, pois, por exemplo, um “poder” terá interesse em assegurar sua competência legislativa em face de um outro centro de emanção de leis (especialmente estados federativos).²⁵¹

Diante do exposto, percebe-se a estruturação do regime jurídico de criação, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes como sendo um processo objetivo, embora com algumas nuances. De fato, nesses processos não se discutem interesses subjetivos particulares. Esses já foram apreciados nos casos concretos (processo subjetivo), que serviram de substrato para a formação da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, nos quais, inclusive, as partes exerceram o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, as súmulas promovem um trespasse da jurisdição constitucional difuso-concreta (processo subjetivo) para a abstrato-concentrada (processo objetivo). Observe-se, então, que as deliberações concernentes às súmulas vinculantes ocorrem em momento posterior à resolução daqueles litígios individualizados. A discussão que envolve a súmula se restringe a apreciar a atribuição de força vinculante a uma específica orientação jurídica firmada na jurisprudência da corte ou a avaliar a conveniência da revisão ou cancelamento de uma súmula anteriormente existente. Portanto, ela não é usada como instrumento de revisão de casos singulares pretéritos já decididos.

²⁵¹ TAVARES, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, cit., p. 400.

Corrobora a natureza objetiva do processo de criação, revisão e cancelamento das súmulas a circunstância de haver legitimados ativos para lhes dar início. Esses legitimados não atuam em busca de interesses subjetivos e particulares, muito embora possam ser movidos pelos interesses institucionais que representam. Precisamente por isso, não exercerão o contraditório e a ampla defesa. A finalidade precípua do processo das súmulas vinculantes é discutir a propriedade da interpretação jurídico-constitucional, com vistas a suplantando uma situação de desigualdade e de incertezas. Agregue-se, por fim, o caráter obrigatório e geral da tese veiculada na súmula vinculante, o que a coloca em definitivo no âmbito do processo objetivo.

Portanto, entende-se que se verifica a natureza objetiva dos processos de criação, revisão e cancelamento das súmulas vinculantes.²⁵²

6.2 Requisitos para a criação de súmula vinculante

6.2.1 Existência de reiteradas decisões em um mesmo sentido

Um dos requisitos para a criação das súmulas vinculantes é que o Supremo Tribunal Federal tenha proferido “reiteradas decisões em um mesmo sentido”. Isso significa que não poderá haver a criação de súmula vinculante a partir de uma *única* decisão dessa corte. Ela também não poderá ser editada se, apesar de a corte apreciar um conjunto de processos contendo a mesma questão jurídica, ela vier a decidi-los de modo divergente (por exemplo, por suas turmas), não constituindo uma linha sólida de entendimento. Com essa exigência, requer-se que o Tribunal já tenha debatido amplamente a questão controvertida, amadurecendo, aos poucos, seu entendimento sobre a matéria. Por isso, antes de ser vinculante, a orientação do Tribunal deve mostrar-se predominante.²⁵³

É bem verdade que o texto constitucional não estabeleceu um número exato de decisões que servisse de parâmetro objetivo para aferir se o Tribunal atingiu ou não a

²⁵² Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007. p. 30.

²⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, Súmula vinculante e a EC n. 45/2004, cit., p. 709.

exigência da reiteração. Isso lhe impõe um relevante dever de cautela, pelo que só deverá dar ensejo à criação de uma súmula vinculante após ter firme convicção de que suas decisões refletem sólido juízo sobre determinada questão, uma vez que é precisamente o conjunto de acórdãos em um mesmo sentido que possibilitará afirmar se a discussão já está ou não pacificada. Assim, espera-se que haja uma maturação da corte, tendo sido o tema suficientemente discutido por seus membros. Afinal, a súmula deverá condensar exatamente a tese jurídica consolidada pela corte.²⁵⁴

Convém observar que a exigência de o Tribunal ter que decidir reiteradas vezes em um mesmo sentido impõe relativa unidade quanto aos fundamentos da linha interpretativa predominante da corte sobre a matéria objeto da discussão. Reivindicação dessa monta se justifica a partir da consideração de que a súmula vinculante deverá corporificar uma específica tese jurídica emergente da jurisprudência tranqüila do Tribunal. Dessa forma, essa jurisprudência deve se assentar em argumentos jurídicos (fundamentação) compartilhados por parcela expressiva do Tribunal. Do contrário, ter-se-ia que o único consenso seria aquele referente à conclusão dos julgados, e não à sua fundamentação.²⁵⁵

Reforça essa exigência o fato de que, não raro, será necessário recorrer a tais fundamentações para melhor compreender o sentido do enunciado sumular, evitando uma espécie de aplicação descontextualizada da súmula. Desse modo, seria problemático se houvesse fundamentações discrepantes na base de uma jurisprudência que resultou na súmula vinculante, pois seria difícil identificar a orientação jurídica da corte. Assim, considerando que a súmula vinculante deve consubstanciar uma interpretação jurídica pacífica do Tribunal, é necessário que sobre ela não recaia discórdia significativa, pois isso pode dificultar, senão impedir, a criação de uma súmula vinculante.

²⁵⁴ Ver: MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*, cit., p. 345; LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, *Reflexões sobre as súmulas vinculantes*, cit., p. 308; MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Súmula vinculante e a EC n. 45/2004*, cit., p. 709.

²⁵⁵ Nesse sentido, observa André Ramos Tavares que “do contrário, as decisões reiteradas podem significar uma falsa representação do pensamento do Tribunal ou mesmo uma inútil representação desse pensamento para fins de transposição do concreto para o geral-abstrato (processo da súmula vinculante). (*Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 47).

Observe-se ainda que a prática recente do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade incidental revela certo óbice à criação de súmula vinculante. A partir de interpretação do artigo 557, *caput* e parágrafo 1º-A do Código de Processo Civil, a corte tem entendido que, uma vez proferida declaração de inconstitucionalidade pelo plenário, em caráter incidental, os demais ministros podem adotar, monocraticamente, a tese contida nessa decisão para resolver pleitos futuros em que se discute a validade de leis idênticas àquela apreciada pelo plenário. Segundo Gilmar Mendes:

Em um levantamento precário, pude constatar que muitos juízes desta corte têm, constantemente, aplicado em caso de declaração de inconstitucionalidade o precedente fixado a situações idênticas reproduzidas em leis de outros municípios. Tendo em vista o disposto no *caput* e parágrafo 1º-A do artigo 557 do Código de Processo Civil, que reza sobre a possibilidade de o relator julgar monocraticamente recurso interposto contra decisão que esteja em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os membros desta corte vêm aplicando tese fixada em precedentes onde se discutiu a inconstitucionalidade de lei, em sede de controle difuso, emanada por ente federativo diverso daquele prolator da lei objeto de recurso extraordinário sob exame.²⁵⁶

Diante do exposto, é preciso fazer uma distinção. A situação (a) em que os ministros, monocraticamente, valem-se de um único precedente do plenário para decidir processos iguais é diversa daquela (b) em que se utiliza, não um precedente, mas uma jurisprudência dominante do Tribunal, conforme preconiza o dispositivo legal do artigo 557 do Código de Processo Civil. Na hipótese (b), não haveria nenhum empecilho à criação de súmula vinculante, pois, no conceito de “jurisprudência dominante” já pode ir embutida a idéia de “reiteradas decisões em um mesmo sentido” (desde que haja uma identidade quanto aos seus fundamentos). No entanto, na hipótese (a), não há como se configurar reiteradas decisões, pois existe apenas um único pronunciamento do plenário, o que, evidentemente, não representa uma orientação pacífica e amadurecida da corte. Não há como se deduzir que, a partir de um único precedente, o tema já tenha sido ampla e satisfatoriamente discutido, o que é exigido para a criação das súmulas vinculante. Nesse caso, é inviável deflagrar o seu processo de edição.

²⁵⁶ STF – RCL n. 2.363/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJU*, de 07.06.2005. Ver também: MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 277-279.

O Supremo Tribunal Federal teria, então, duas escolhas: a) pode optar por permitir que seus juízes decidam monocraticamente a partir de um único precedente, porém impossibilitando a criação de súmula vinculante; ou b) pode aguardar por um maior fortalecimento da interpretação desenvolvida pela corte, verificado através de reiteradas decisões do plenário ou das turmas em um mesmo sentido, até formar-se uma jurisprudência sobre o tema, para, então, editar súmula vinculante.

6.2.2 Necessidade de controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e repetição de processos

Outro requisito para a criação das súmulas vinculantes é a preexistência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração pública. Assim, pode haver um desencontro interpretativo não apenas entre juízos e tribunais como, também, entre esses e as pessoas e órgãos que integram a Administração pública, aqui se incluindo, de certo, tanto a direta quanto a indireta, abrangendo, ainda, todos os níveis da Federação.

A atualidade da divergência impõe que a contenda esteja sendo verificada em época presente, sendo descabida a criação de súmula vinculante sobre controvérsia antiga, já pacificada ou que não possui maior relevância no momento.

Seguramente, a maioria das controvérsias judiciais acarreta insegurança jurídica, por deixar os jurisdicionados em uma “loteria judiciária”. Todavia, isso não exclui a dificuldade de se chegar a um consenso em torno do conceito vago de segurança jurídica. Essa dificuldade é redobrada quando se deve ainda precisar sua *intensidade*, pois a emenda exigiu que tal insegurança jurídica fosse *grave*. Assim, a emenda faz sugerir que o intérprete tem que discernir entre uma leve, uma média e uma grave insegurança jurídica. Evidencia-se, nesse caso, o elevado grau de discricionariedade que terá o Supremo Tribunal Federal ao afirmar que certa controvérsia está ou não provocando *grave* insegurança jurídica para fins de elaboração de súmula vinculante.

Entretanto, um elemento mais objetivo a ser considerado pode diminuir a referida discricionariedade. É que a controvérsia deverá gerar duas conseqüências: grave insegurança jurídica e multiplicação de pleitos com questões idênticas. O enunciado da emenda constitucional não usou o conectivo *ou*, indicando alternatividade, mas sim o *e*, indicando adição. São, portanto, requisitos cumulativos, isto é, não pode haver súmula vinculante decorrente de um estado de insegurança jurídica, ainda que grave, provocado por certo dissenso hermenêutico. É preciso que ela também possa acarretar repetição de processos discutindo questão idêntica²⁵⁷. Não se faz necessário, porém, que essa multiplicação de processos se dê no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bastando que ocorra em qualquer nível do Poder Judiciário.²⁵⁸

Dessa forma, se, em tese, é possível supor a existência de controvérsia judicial que acarrete grave insegurança jurídica, mas que não esteja implicando repetição de processos iguais ou que não o esteja *ainda*, o inverso é inviável: se uma controvérsia judicial pode provocar repetição de processos idênticos, essa repetição gera grave insegurança jurídica, pois à litigiosidade em massa se contrapõe a loteria judiciária, que representa tratamento desigual para situações iguais.

A configuração de uma pluralidade de entendimentos acerca de matéria constitucional que possa provocar ou esteja provocando o ajuizamento de inúmeras demandas idênticas evidencia a notória finalidade das súmulas vinculantes: conter o desenvolvimento de litígios em massa que envolvam o mesmo problema jurídico-constitucional. Esses litígios comumente envolverão matérias mais próximas ao direito tributário, ao direito administrativo, ao direito previdenciário, ao direito econômico, pois que a intervenção do Estado nesses âmbitos é caracterizada por sua ampla projeção na sociedade. No entanto, ao contrário do que se poderia supor, não é inviável a construção de súmulas vinculantes dispendo sobre outros “ramos” do direito, como o penal e civil, por exemplo.

²⁵⁷ Semelhante entendimento é exposto por Sérgio Bermudes: “(...) deve ser grave a controvérsia, que se medirá pela multiplicação de processos (*rectius* de decisões) sobre questão idêntica. As expressões ‘grave insegurança jurídica’ e ‘relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica’ integram-se e precisam coexistir.” (*Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 123).

²⁵⁸ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417*, de 19.12.2006, cit., p. 42.

6.2.3 Quorum

O *quorum* para a aprovação de súmula vinculante é de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Assim, é necessária a adesão de pelo menos oito ministros para a sua aprovação. Equivale a dizer que elas não surgem de forma automática, bastando que se configurem as reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido. Vale reiterar: mesmo com a verificação dos demais pressupostos para sua criação, é preciso a anuência, em deliberação formal pelo órgão plenário, de oito dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal.

O referido *quorum* é adequado porque, através dele, impõe-se que uma *maioria qualificada* da corte chancele o entendimento jurisprudencial a ser contido na súmula vinculante, o que lhe atribui maior estabilidade e segurança.

Cumpra observar que o *quorum* de dois terços se refere unicamente à decisão pela criação da súmula vinculante, e não às decisões anteriores (“reiteradas”) que lhe serviram de base, já que elas podem ser proferidas com a anuência de seis integrantes (maioria absoluta).²⁵⁹

Nesse particular, entende-se que o ideal seria que as reiteradas decisões surgissem primeiramente no âmbito do órgão plenário do Supremo Tribunal Federal, o que traria maior segurança e estabilidade à orientação daí emergente, pois isso propiciaria um debate mais intenso sobre a matéria, por envolver a totalidade dos ministros da corte.

6.2.4 Legitimidade ativa

Nos termos do artigo 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante poderá ser criada de ofício pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou por provocação. Nesse caso, a Emenda Constitucional n. 45 conferiu legitimidade para propor a criação de súmulas às mesmas pessoas e órgãos que podem ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: o Presidente da República, a Mesa do Senado

²⁵⁹ Em sentido contrário, considerando que as reiteradas decisões devem também ser proferidas mediante quorum de dois terços ver: STRECK, Lenio Luis, *Comentários à reforma do Poder Judiciário*, cit., p. 187.

Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além disso, a mesma emenda possibilitou ao legislador ordinário alargar esse rol de legitimados. É o que se depreende do parágrafo 2º do artigo 103-A, ao dizer que os legitimados para propor a criação de uma súmula vinculante são os mesmos para ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade “sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei”. De certo que ao legislador ordinário está vedada a exclusão de qualquer dos legitimados previstos pela própria Emenda Constitucional n. 45, em razão da superioridade da norma constitucional por ela introduzida. Ele poderia, se assim o quisesse, não conferir a mais ninguém tal legitimidade além dos já constantes da emenda, uma vez que estaria em seu âmbito de conformação legislativa. Entretanto, ele optou pelo aumento do número de legitimados. Com base nesse permissivo constitucional, criou-se a Lei n. 11.417, de dezembro de 2006, responsável pela atribuição de tal legitimidade também ao Defensor Público-Geral da União, aos Tribunais Superiores, aos Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais do Trabalho, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais Militares.²⁶⁰

Essa lei ordinária também estabeleceu que os municípios podem propor a criação de súmula com efeito vinculante. No entanto, nessa hipótese, eles só poderão fazê-lo, incidentalmente, no curso de um processo em que sejam partes²⁶¹. Apesar de o dispositivo legal não deixar claro se esse processo deve estar em curso no próprio Supremo Tribunal Federal, entende-se que deve ser essa a interpretação a ser seguida, já que é aquele órgão judicial, e não outro, o único habilitado a criar súmulas com efeito vinculante. Logo, apenas estando o processo em trâmite no próprio Supremo Tribunal Federal é que os municípios-partes poderão requerer-lhe a criação de súmula vinculante.

²⁶⁰ Artigo 3º e incisos da Lei n. 11.417/2006.

²⁶¹ Lei n. 11.417/2006: “Artigo 3º - (...) § 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.”

Como se vê, a lei criou dois regimes para o exercício de tal legitimidade ativa. Para os municípios, essa competência há de ser exercida no bojo de um processo judicial. Para todos os demais, ela pode ser exercida autonomamente, isto é, desvinculada de qualquer litígio concreto.

Outra questão relevante sobre esse ponto se impõe. Na medida que a emenda constitucional promoveu, quanto à legitimidade ativa, uma clara simetria entre a ação direta de inconstitucionalidade e a súmula vinculante, é de se indagar se, para a criação dessa, será extensível a alguns legitimados o requisito da pertinência temática, presente na propositura de uma ação direta²⁶². Em outros termos, determinados legitimados para propor a edição de súmula vinculante necessitam demonstrar o requisito da pertinência temática? Essa problemática abarcaria, igualmente, os legitimados contemplados pela Lei ordinária n. 11.417/2006.

Como se sabe, a exigência da pertinência temática nunca esteve presente no enunciado constitucional do artigo 103 da Constituição Federal, que cuida da legitimidade ativa para propor uma ação direta de inconstitucionalidade, sendo, então, uma construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. 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.²⁶³

Dessa maneira, se o que levou o Supremo Tribunal Federal a construir o requisito da pertinência temática foi fundamentalmente o receio de sobrecarga com várias ações diretas de inconstitucionalidade, em razão do elevado número de legitimados ativos, com o maior alargamento desse rol para a criação de súmulas vinculantes (por força da Lei n. 11.417/2006), teria ele razão suficiente para justificar a propagação do referido requisito ao mecanismo sumular, temendo uma enxurrada de pedidos por parte de tais legitimados.

²⁶² Os denominados *legitimados especiais*, que precisam atender ao requisito da pertinência temática para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, são os seguintes: a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

²⁶³ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite antever a exigência da ‘pertinência temática’ também para o requerimento de que trata o parágrafo 2º do artigo 103-A.” (BERMUDES, Sérgio, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*, cit., p. 118).

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.

Ademais, a ampliação desses legitimados pela Lei n. 11.417/2006 vai de encontro à tese que sustenta a restrição através do requisito da pertinência temática. Com efeito, ao efetuar tal ampliação, o mencionado diploma legislativo está a sinalizar para um amplo acesso ao Supremo Tribunal Federal em tema de súmula vinculante.

Demais disso, ainda que venha a se verificar na prática um considerável número de pedidos para a criação de súmulas vinculantes, o que, no momento, é mera suposição, a análise da pertinência temática, nos casos dos legitimados que deveriam comprová-la, ao contrário de promover uma filtragem dos pedidos, pode tumultuar os trabalhos pretorianos. Considerando que a súmula vinculante exige diversos requisitos para ser criada, seria mais célere e útil que o Tribunal enfrentasse de imediato o requerimento principal a ter que analisar, preliminarmente e caso a caso, se certos legitimados atendem ao requisito da pertinência temática, para, somente depois, discutir pelo cabimento ou não do pedido de edição de súmula vinculante.

Esse mesmo procedimento deveria ocorrer, e com mais labor, nas hipóteses de requerimentos formulados pelos legitimados da Lei n. 11.417/2006, para os quais a corte, diferentemente do que ocorre com os legitimados arrolados na emenda, ainda não possui parâmetros para determinar quais deles teriam *legitimidade universal* e quais teriam apenas a *legitimidade especial*. Para esse grupo, a corte ainda deveria desenvolver critérios objetivos acerca do que constitui o âmbito de suas respectivas pertinências temáticas. Em

síntese, seria introduzir uma desnecessária formalidade no processo constitucional de criação das súmulas vinculantes.

Desse modo, há mais peso nas justificativas que respaldam o acesso irrestrito de tais legitimados ao processo constitucional estabelecido para o Supremo Tribunal Federal sobre as súmulas vinculantes do que em eventuais argumentos que buscam impor, sem qualquer autorização constitucional ou legal, o requisito da pertinência temática. Por essas razões, defende-se a não extensão do requisito da pertinência temática para os legitimados para propor a criação das súmulas vinculante.²⁶⁴

6.2.5 A conversão de súmulas anteriores à Emenda Constitucional n. 45 em súmulas vinculantes

A possibilidade de criar súmulas com efeito vinculante não revogou as súmulas anteriores, meramente persuasivas, elaboradas com base no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Assim, em tese, essa corte pode continuar elaborando súmulas persuasivas²⁶⁵, muito embora essa seja uma possibilidade remota e de nenhuma utilidade prática, já que agora ela pode lançar mão de uma súmula de caráter obrigatório, porque ele não apenas pode elaborar *ex novo* súmula com tal efeito, como também pode converter as anteriores (persuasivas) em súmulas vinculantes. Para tanto, dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal devem anuir a respeito dessa conversão, procedendo-se à publicação da súmula convertida na imprensa oficial. É o que está previsto no artigo 8º da Emenda Constitucional n. 45/2004.²⁶⁶

²⁶⁴ Em sentido contrário, ver: STRECK, Lenio Luis, *Comentários à reforma do poder judiciário*, cit., p. 161; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 269.

²⁶⁵ “É importante assinalar que a Emenda não suprimiu a competência do Supremo Tribunal Federal para prosseguir editando súmula da sua jurisprudência, como sempre fez. A súmula vinculante será uma categoria especial da súmula para cuja elaboração a Corte continuará livre, e agirá segundo os pertinentes dispositivos de seu regulamento.” (BERMUDES, Sérgio, *A reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*, cit., p. 117).

²⁶⁶ Emenda Constitucional n. 45/2004: “Artigo 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.”

Como as súmulas anteriores, feitas com base no regimento interno da corte, foram aprovadas mediante *quorum* de maioria absoluta (seis membros)²⁶⁷, a emenda constitucional permitiu que elas fossem convertidas em súmulas vinculantes mediante aprovação do *quorum* de dois terços (oito membros). Somente após essa deliberação é que uma súmula persuasiva pode se tornar vinculante.

Indaga-se se essa conversão deve observar os demais requisitos para a criação de uma súmula vinculante ou se a mera existência de súmula anterior seria suficiente para tal conversão, atendendo-se apenas ao *quorum* de dois terços.²⁶⁸

No que diz respeito à controvérsia atual (a) que continua gerando grave insegurança jurídica (b) e relevante multiplicação de processos com questões idênticas, (c) crê-se que tais requisitos devem estar presentes. Se as súmulas anteriores não possuíam força obrigatória, é possível que a controvérsia persista ainda no momento presente. O mesmo vale para o estado de insegurança jurídica e multiplicação de processos, pois as demais instâncias judiciais e a Administração pública poderiam continuar desobedecendo à jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal. Tais problemas poderiam ser atenuados mediante o manejo da súmula impeditiva de recursos no âmbito dos tribunais. Contudo, isso não impediria que houvesse multiplicação de processos nas primeiras instâncias judiciais, já que o recurso supõe a decisão nessas instâncias, nem geraria uma obrigatoriedade aos próprios relatores desses recursos nos tribunais, pois a súmula impeditiva apenas encerra uma *faculdade*. Por isso, referida alternativa apresenta grande fragilidade, o que justificaria a conversão em súmula vinculante.

No que se refere à averiguação das reiteradas decisões na base das súmulas não-vinculantes, entende-se que isso seria desnecessário, já que o próprio modelo inicial de súmulas proposto pelo Ministro Victor Nunes Leal pressupunha exatamente o fato de o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado inúmeras vezes sobre questão idêntica.

²⁶⁷ Artigo 102, § 1º do RISTF.

²⁶⁸ Ver: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 52.

6.3 Requisitos para a revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes

6.3.1 Legitimidade ativa

Como se viu, a edição de súmula vinculante pode ocorrer tanto de ofício pelo próprio Supremo Tribunal Federal, quanto por provocação, possuindo, nesse caso, legitimidade ativa aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, bem como os que receberam essa atribuição através da Lei n. 11.417/2006.

Observe-se, contudo, que, considerando o texto da Emenda Constitucional n. 45, poder-se-ia concluir que Supremo Tribunal Federal não possui legitimidade ativa para rever ou cancelar uma súmula vinculante, mas tão-somente para criá-la. Essa interpretação seria baseada nos termos do parágrafo 2º do artigo 103-A da Constituição Federal²⁶⁹. Assim, como o Supremo Tribunal Federal não pode propor ação direta, também não poderia instaurar o procedimento para revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

O empecilho para rever ou cancelar suas próprias súmulas vinculantes poderia ser contornado na medida que se considera que no poder de *elaborar* nova súmula vinculante estariam incluídos os poderes para revê-la ou cancelá-la.²⁷⁰

Nada obstante, discorda-se da exegese segundo a qual o Supremo Tribunal Federal não poderia rever ou cancelar súmulas vinculantes de ofício, ou de que, apenas mediante o referido esforço hermenêutico, haveria tal possibilidade. A competência para dar início aos procedimentos de revisão ou cancelamento de súmulas pelo próprio Supremo Tribunal Federal advém do próprio *caput* do artigo 103-A da Constituição Federal. Apesar de sua longa redação, pode-se dele inferir, no que diz respeito ao tema da legitimidade ativa do Supremo Tribunal Federal, que ele “poderá, de ofício ou por provocação, aprovar

²⁶⁹ Constituição Federal: “Artigo 103-A - (...) § 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.”

²⁷⁰ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 34.

súmula com efeito vinculante, *bem como* proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal poderá não apenas *aprovar, como também* (aditivo) rever ou cancelar, de *ofício ou mediante provocação de terceiros legitimados*, súmulas vinculantes.

O enunciado do parágrafo 2º do artigo 103-A da Constituição Federal refere-se aos legitimados que podem *provocar* o Supremo Tribunal Federal para criar, rever ou cancelar súmula vinculante, porém não exclui a possibilidade de instauração de ofício por ele mesmo.

Diante disso, conjugando o *caput* do artigo 103-A com o seu parágrafo 2º, a melhor interpretação desses enunciados, naquilo que toca à problemática em análise, parece ser a seguinte: o processo de edição, de revisão ou de cancelamento de súmula vinculante pode ser instaurado tanto *de ofício* pelo Supremo Tribunal Federal, como, também, mediante *provocação* pelos legitimados que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do foi estabelecido em lei (no caso, a Lei n. 11.417/2006).

Convém observar que a falta de legitimidade do Supremo Tribunal Federal para rever ou cancelar as súmulas vinculantes não deixaria de ser uma espécie de quebra da tradição da *súmula da jurisprudência predominante* (não-vinculante), disciplinada pelo Regimento Interno da corte. É que ele assegurava a qualquer ministro a competência para propor a sua revisão (art. 103 do RISTF), estabelecendo que cabia ao plenário deliberar sobre a inclusão, revisão ou cancelamento de súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (art. 7º, VII do RISTF). Portanto, o comum seria a participação de ofício da corte, e jamais sua exclusão nesses procedimentos.

No que tange ao problema da pertinência temática dos legitimados ativos que podem provocar o Supremo Tribunal Federal, mantêm-se os argumentos expostos no item 4.1.3.

6.3.2 Quorum

Em princípio, poder-se-ia entender que o texto da Emenda Constitucional n. 45 estipulou o *quorum* de 2/3 apenas para a aprovação de súmula vinculante, nada dispondo sobre o *quorum* para a sua revisão ou cancelamento. O número de votos para essas duas finalidades seria disciplinado por lei ordinária federal, já que o Supremo Tribunal Federal poderia proceder à revisão ou cancelamento, “na forma estabelecida em lei” (art. 103-A da CF).

Antes da promulgação da Lei n. 11.417/2006, houve quem sustentasse que o *quorum* para a revisão de súmula vinculante também seria o de 2/3, considerando que esse processo consiste na criação de “nova súmula”. No entanto, o mesmo não se daria com o seu cancelamento, que dispensaria o *quorum* qualificado, pois a súmula representa uma “restrição hermenêutica”. Por isso, o seu cancelamento “devolve” a matéria à vontade geral que em regra deve estar na lei de origem parlamentar.²⁷¹

Todavia, à semelhança do que se passou com o problema da legitimidade ativa do Supremo Tribunal Federal, entende-se que o próprio *caput* do artigo 103-A estipulou, para a revisão e o cancelamento, o mesmo *quorum* necessário à aprovação de súmula vinculante. Isso porque desse enunciado depreende-se que “Supremo Tribunal Federal poderá, mediante decisão de dois terços de seus membros, aprovar súmula com efeito vinculante, *como também* proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”. A exigência do *quorum* de dois terços seria dirigido aos três procedimentos: criação, revisão e cancelamento. Por isso, a disciplina em âmbito legal a que faz referência o final do dispositivo legal poderia regulamentar a forma a ser seguida nesses procedimentos, sem, contudo, alterar o *quorum* previsto pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nesse sentido, a referida Lei n. 11.417/2006, no parágrafo 3º de seu artigo 2º, dirimiu eventuais dúvidas que ainda pudessem existir, ao prescrever: “A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.”

²⁷¹ STRECK, Lenio Luis, *Comentários à reforma do poder judiciário*, cit., p. 162.

Portanto, sedimentou-se a simetria entre os *quoruns* de edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante, já prevista pela Emenda Constitucional n. 45.

6.3.3 A questão das reiteradas decisões para rever ou cancelar súmula vinculante

Problema relevante consiste em saber se, para rever ou cancelar súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal também deveria proferir, como condição necessária, reiteradas decisões, tal como se exige para a sua edição. Note-se que, na hipótese em comento, já existiria uma súmula vinculante em vigor, de sorte que tais decisões seriam contrárias a ela. Assim, diante de reiteradas decisões contrárias à súmula vinculante em vigor (por exemplo, em reclamações ajuizadas em razão de seu descumprimento), o Supremo Tribunal Federal poderia dar ensejo à sua modificação ou cancelamento. Posta a questão nesses termos, o que se deve perscrutar é se há necessidade de o Supremo Tribunal Federal julgar *reiteradamente* de forma contrária a uma súmula vinculante para, só depois, poder modificá-la ou cancelá-la, ou se esses processos dispensam o referido requisito.

De um lado, poder-se-ia sustentar que a revisão e o cancelamento de uma súmula vinculante também devem ser precedidos de uma orientação sólida do Supremo Tribunal Federal, o que se concretizaria através das decisões reiteradas em um *novo* sentido, porém contrário à súmula em vigor. No entanto, essa alternativa não parece adequada. Ora, para ter sido criada uma súmula vinculante, foi necessária a construção de um entendimento firme do Supremo Tribunal Federal envolvendo matéria constitucional. Essa súmula reflete a interpretação jurídico-constitucional firmada jurisprudencialmente pelo órgão máximo da jurisdição constitucional brasileira. Nesse sentido, se o Supremo Tribunal Federal começa a proferir decisões destoantes de uma súmula em vigor, a mensagem transmitida às demais instâncias e à Administração pública é que ele sequer reconhece como adequada a jurisprudência constitucional anteriormente desenvolvida. Assim, o próprio Supremo Tribunal Federal estaria, ainda que implicitamente, autorizando os demais órgãos a desaplicar uma súmula vinculante por ele produzida. Nesse caso, seria de indagar a

respeito da própria utilidade de uma súmula vinculante se o próprio órgão que a elabora pudesse, a qualquer tempo e da forma como lhe aprouver, decidir de modo diverso.

Por outro lado, a solução que se sugere para o problema é a seguinte: se o Supremo Tribunal Federal se deparar com um novo caso ou série de casos, em que argumentos mais consistentes foram capazes de abalar a firmeza da jurisprudência refletida na súmula vinculante ou, ao menos, de mostrar-lhe que para certas situações a súmula se revela inadequada, deve, primeiramente, debater sobre a sua revisão ou cancelamento. Em outras palavras, em vez de decidir o caso concreto prontamente de modo diverso à súmula em vigor, discute-se sobre a correção dessa súmula. Em se concluindo pela revisão ou cancelamento, deve-se levar a cabo algum desses processos. Apenas depois dessa deliberação, e já formada nova orientação jurídica, é que o Supremo Tribunal Federal decidiria o caso de acordo com a nova orientação. Isso evitaria a indesejável situação em que o Supremo Tribunal Federal pudesse decidir de forma contrária à súmula vinculante, mas mantendo-a em vigor em toda sua inteireza. Esse fato geraria um paradoxo pelo qual a súmula permaneceria em vigor para todos os órgãos a ela vinculados, mas não para o Supremo Tribunal Federal, que pode decidir, sem maiores preocupações, em dissonância com ela.

Por essa razão, entende-se que mais adequado é que haja uma discussão prévia (e séria) sobre a revisão ou cancelamento da súmula, para, só depois, proferir decisões em um sentido diferente do anteriormente estabelecido.²⁷²

6.3.4 A relevância da possibilidade de revisão e cancelamento de súmula vinculante

Diante do tratamento jurídico dispensado às súmulas vinculantes, tanto no plano constitucional como no infraconstitucional, não tem procedência a crítica no sentido de que as súmulas vinculantes engessariam a jurisprudência, impedindo sua evolução diante dos influxos da realidade subjacente. A possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas vinculantes assegura a dinâmica da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal

²⁷² Em sentido contrário: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 33.

Federal, permitindo-lhe rever suas concepções jurídicas acerca de determinado tema. Diante disso, elas estão em sintonia com o necessário equilíbrio que deve apresentar a jurisprudência constitucional, ao fornecer, de um lado, a necessária estabilidade, elemento imprescindível à segurança jurídica dos jurisdicionados, e, de outro, a abertura para sua modificação, essencial para evitar a estagnação da interpretação constitucional. Como observa Cândido Rangel Dinamarco: “O mais nobre dos predicados do chamado *direito jurisprudencial* é a sua capacidade de adaptar-se às mutações sociais e econômicas da Nação, de modo a extrair dos textos constitucionais e legais a norma que no momento atenda aos valores axiológicos da sociedade.”²⁷³

Nesse sentido, pode-se estender às súmulas vinculantes a conhecida observação de Victor Nunes Leal, referindo-se às súmulas da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (não-vinculantes), no sentido de que elas realizam o *ideal do meio-termo*, porque garantem estabilidade da jurisprudência e, concomitantemente, evitam a sua petrificação, haja vista que foi estruturado um procedimento para sua revisão ou cancelamento. Logo, tem-se que as súmulas vinculantes possuem um caráter flexível, não se podendo afirmar que elas sejam interpretações jurídico-constitucionais rígidas e desconexas da realidade.

Some-se ao exposto que, diante da ampla legitimidade ativa conferida a diversos órgãos e agentes para solicitar a revisão ou cancelamento de tais súmulas, o regime jurídico criado para elas permite a influência de vários segmentos sociais nos rumos da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, diversos representantes da esfera pública pluralista têm acesso às discussões sobre a interpretação jurídico-constitucional, podendo oferecer propostas que consideram mais adequadas e criticar as que entendem ser menos consentâneas com a Constituição. Diante disso, seria impropriedade a afirmação segundo a qual as vinculantes são elaboradas a partir única e exclusivamente das considerações dos ministros dessa corte, de modo a promover um “fechamento” da sociedade dos intérpretes da Constituição. Se se observar bem, no que tange à participação de legitimados ativos, o processo de criação, revisão e cancelamento de uma súmula vinculante pode ser considerado mais democrático do que o previsto para o controle abstrato de normas, porque, no caso das súmulas vinculantes, o número desses

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Decisões vinculantes*, cit., p. 183.

legitimados é superior ao dos que podem propor ação direta de inconstitucionalidade, em razão da ampliação propiciada pela Lei n. 11.417/2006. Por isso, não seria demasiado asseverar que a súmula vinculante atende aos reclamos de uma interpretação constitucional pluralista.²⁷⁴

Por essas razões, entende-se que o regime jurídico criado para as súmulas vinculantes enfraquece sobretudo as críticas que as consideram fatores de congelamento da jurisprudência constitucional consolidada pela Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi assegurada sua revisão ou cancelamento. Isso lhes confere flexibilidade e dinamismo.

6.4 Manifestação de terceiros

Como fator de incremento da referida abertura nos processos de criação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, conferiu-se ao relator a discricionariedade para, em decisão irrecorrível, permitir a manifestação de “terceiros” na questão objeto de debate (art. 3º, § 2º da Lei n. 11.417/2006).

A utilização do termo “terceiros” não foi das melhores, pois pode levar à confusão com a figura dos terceiros, típica dos processos subjetivos. No caso das súmulas vinculantes, a rigor, em se tratando de processo objetivo, esse terceiro mais se aproxima do já conhecido *amicus curiae*, presente no processo de controle abstrato de normas (art. 7º, § 2º da Lei n. 9.868/99).

A seu respeito, o Ministro Celso de Mello já teve oportunidade de destacar o aspecto legitimador que ostenta o *amicus curiae* na atuação do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional:

²⁷⁴ Segundo observa Peter Häberle, “(...) interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, da integração da realidade no processo constitucional. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que uma norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*, cit., p. 30-31).

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em consequência, que terceiros, investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A regra inscrita no artigo 7º, parágrafo 2º da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por objetivo pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia.

Vê-se que a aplicação da norma legal em causa – que não outorga poder recursal ao *amicus curiae* – não só garantirá maior efetividade e legitimidade às decisões deste Tribunal, 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 esse mesmo *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional (...).²⁷⁵

Quando referida às súmulas vinculantes, o *amicus curiae* também reforça a idéia de que as deliberações a seu respeito não se restringem aos integrantes da corte. Desse modo, além do vasto rol de legitimados ativos para provocar o Supremo Tribunal Federal com o intuito de criar, rever ou cancelar súmula vinculante, ainda será possível contar com a contribuição de outras pessoas, órgãos ou entidades, que atuarão na qualidade de *amicus curiae*, fornecendo novos subsídios para o deslinde da questão jurídica em discussão.

Do mesmo modo como ocorre no julgamento das ações diretas, acredita-se que a sua participação nos processos atinentes às súmulas vinculantes pode ocorrer não apenas mediante apresentação de memoriais, pareceres técnicos ou de outros documentos relevantes para a elucidação do problema em foco, como, também, através de sustentações orais em sessão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, o *amicus curiae* constitui importante elemento de democratização no regime jurídico das súmulas vinculantes.

²⁷⁵ STF – ADI n. 2130/SC, rel. Min. Celso de Mello, DJU, de 02.02.2001.

6.5 Publicidade da súmula vinculante

A fim de tornar a súmula vinculante de conhecimento geral por parte de seus destinatários, a Emenda Constitucional n. 45 estabeleceu que ela produzirá efeitos apenas a partir de sua publicação na imprensa oficial. O ato de publicação, portanto, opera como condição necessária para que a súmula vinculante desencadeie seus efeitos no mundo jurídico.

A Lei 11. 417/2006 foi adiante e fixou que: “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.”

6.6 Suspensão de processos

Em consonância com o artigo 6º da Lei n. 11.417/2006, a “proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão”.

No sentido oposto ao dessa disposição, tem-se que concessão de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade possui justamente o condão de suspender o julgamento dos processos em curso que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo questionado, até a sua decisão definitiva (art. 21 da Lei n. 9.868/99).

Evidentemente que, nos processos atinentes às súmulas vinculantes, não há julgamento de questões específicas, inexistindo, conseqüentemente, a possibilidade de prolação de medidas cautelares. A rigor, esses julgamentos já ocorreram nos casos concretos dos quais surgiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Apenas a partir desse instante, isto é, da construção da jurisprudência, é que se torna possível estabelecer súmula com efeito vinculante. Desse modo, no caso dessas súmulas, delibera-se tão-somente em torno da atribuição de força obrigatória a determinada orientação jurídica já

pacífica entre os membros da corte ou, já havendo uma, em torno de sua revisão ou cancelamento.

Atente-se, ademais, que, no caso das súmulas vinculantes, a vedação da suspensão de processos em que se discute a mesma questão toma como parâmetro a mera *proposta* de sua edição, revisão ou cancelamento. Ora, não é a mera proposta que irá revelar instabilidade na linha hermenêutica seguida pelo Tribunal, a ponto de ter que paralisar todos os processos do país com questão idêntica, especialmente considerando o número de legitimados ativos para tais fins, que podem a qualquer hora deflagrar um desses procedimentos. No caso de criação de súmula, a proposta pode ser rejeitada por inúmeras razões, seja por não estar sedimentada a orientação da corte, seja pela divergência não causar repetição de processos idênticos e grave insegurança jurídica, dentre outras. Nas hipóteses de revisão ou cancelamento, a corte também pode concluir pela manutenção de sua jurisprudência, a despeito de vários pedidos em contrário.

Aliás, referida suspensão de processos, caso fosse estabelecida, poderia causar sérios transtornos de ordem prática, toda vez que algum legitimado simplesmente provocasse a corte para editar, rever ou cancelar súmula, pois todos os processos com questões iguais, no país inteiro, deveriam ser paralisados, até a deliberação do plenário.

6.7 Participação do Procurador-Geral da República

Além de ter legitimidade ativa para provocar o Supremo Tribunal Federal no sentido de criar, rever ou cancelar súmula vinculante, o Procurador-Geral da República também deverá atuar nesses processos, mesmo nas hipóteses em que não houver exercido tal atribuição. É o que está disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei n. 11.417/2006²⁷⁶. Nessa hipótese, o Procurador-Geral da República atuará como *custus legis*. Por esse motivo, foi oportuna a ressalva de que essa atuação só ocorrerá quando o Procurador-Geral da República não houver exercido sua legitimidade ativa no processo objetivo de criação,

²⁷⁶ Lei n. 11.417/2006: “Artigo 2º - (...) § 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.”

revisão ou cancelamento de súmulas, evitando uma mudança de entendimento no *iter* desse processo.

Neste caso, o representante do Ministério Público Federal oferecerá parecer, opinando sobre os requerimentos feitos pelos demais legitimados ativos sobre a criação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, inclusive quando tais processos forem instaurados de ofício pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

7 O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.1 O efeito vinculante no direito brasileiro

O instituto do efeito vinculante foi introduzido no Brasil através da Emenda Constitucional n. 3/93, sob inspiração do direito germânico²⁷⁷. Como se disse, no direito pátrio ele está normalmente associado às decisões proferidas em sede de controle concentrado-abstrato de normas. A partir da análise textual de sua positivação na Constituição atual, modelo que foi seguido pelas Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, percebe-se que o efeito vinculante vem normalmente acompanhado da eficácia *erga omnes* das decisões que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma²⁷⁸. Assim, tornou-se corrente a fórmula de que tais decisões produzem eficácia contra todos e efeito vinculante perante os demais órgãos do Judiciário e a Administração pública, nas três esferas da Federação. Isso evidencia a autonomia conceitual do efeito vinculante em relação à eficácia *erga omnes* da decisão, de modo que esses efeitos não devem ser confundidos.

O Supremo Tribunal Federal foi levado a delinear os contornos jurídicos da eficácia *erga omnes* em razão do novo perfil que apresentou a jurisdição constitucional, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 16/65. Por força da predominância do modelo difuso-concreto de controle de constitucionalidade naquele momento, sustentou-se a tese de que o Supremo Tribunal Federal deveria adotar, no controle abstrato, o mesmo procedimento seguido no controle incidental, isto é, que o Senado Federal deveria ser comunicado da decisão de inconstitucionalidade para que ela adquirisse eficácia *erga omnes*. Assim, apenas a

²⁷⁷ “A despeito de alguma inevitável semelhança com o *efeito vinculante* relativo à representação interpretativa, é certo que instituto introduzido pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculado ao modelo germânico disciplinado no parágrafo 31 (2) da Lei Orgânica da Corte Constitucional.” (MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 99).

²⁷⁸ Com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição Federal passou a dispor que: “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.”

resolução da Câmara Alta suspendendo a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal poderia outorgar à decisão de inconstitucionalidade efeitos *erga omnes*.²⁷⁹

A partir de 1974-1975, a corte passou a entender que esse procedimento era dispensável, em razão da própria eficácia *erga omnes* da decisão de inconstitucionalidade no processo de controle abstrato de normas, uma vez que, reconhecida a incompatibilidade de uma norma nesse tipo de fiscalização, a consequência seria a exclusão do ato questionado da ordem jurídica. Tratar-se-ia de um resultado imanente à pronúncia de inconstitucionalidade, em abstrato, de uma determinada norma. Por isso, não seria necessária a intervenção do Senado para ampliar a eficácia de sua decisão²⁸⁰. Então, pela própria natureza do processo objetivo que caracteriza essa modalidade de controle de normas, a decisão de mérito já faria coisa julgada oponível a todos, entendimento que vigora atualmente.

No entanto, a eficácia *erga omnes*, assim como a coisa julgada, restringe-se apenas à parte dispositiva da decisão que reconhece a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. Assim, declarada a invalidade de um preceito legal, a decisão apenas afeta esse preceito, não atingindo outros atos de teor semelhante àquele considerado ilegítimo.²⁸¹

Além disso, segundo orientação do Supremo Tribunal Federal, em caso de descumprimento de sua decisão por parte de outros órgãos jurisdicionais ou da Administração pública, o prejudicado não tem outra alternativa senão a de provocar o Judiciário pelos meios ordinários (ações e recursos) para sanar a lesividade e, apenas

²⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva, *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*, cit., p. 121.

²⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 90-91. Esse entendimento já fora exposto por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Já a decisão que envolve a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas federais ou estaduais, por considerá-las írritas e nulas, portanto, sem validade, como jamais tendo existido, e conseqüentemente atinja nos seus efeitos a quem quer que seja, envolve o desconhecimento desses atos jurídicos. Ora, nisso consiste a decisão judicial de declaração em tese de inconstitucionalidade, prevista, no texto constitucional, de ato normativo federal ou estadual, dirigida *erga omnes*, isto é, contra todos que acaso possam sofrer sua incidência. Se esse é o alcance da decisão judicial, não há lugar para atuação do Senado Federal, suspendendo a execução de ato normativo, cuja eficácia, em tese, fica desconhecida, pela decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, ao negar-lhe *qualquer efeito jurídico*.” (*A teoria das Constituições rígidas*, cit., p. 206 – destaque no original)

²⁸¹ STF – ADC-QO n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 05.11.1993.

mediante recurso extraordinário, a querela chegará à Suprema Corte, para que ela, ao final, faça valer a autoridade de sua decisão.²⁸²

Também se aponta como reflexo da coisa julgada com eficácia *erga omnes* a impossibilidade de que a questão seja submetida novamente ao Tribunal. Se a assertiva é procedente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade na fiscalização abstrata, pois que, com essa decisão, o ato é retirado do sistema normativo, o mesmo não se dá em relação à declaração de constitucionalidade. Nesse caso, a coisa julgada *erga omnes* não impede que o Tribunal venha a proferir, em nova ação, decisão de inconstitucionalidade sobre ato considerado anteriormente constitucional por ele mesmo, desde que se verifique alteração na realidade concreta, no plano normativo ou na compreensão jurídica dominante²⁸³. Como dito pelo Ministro Carlos Velloso, “hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não”²⁸⁴. Portanto, em razão da coisa julgada *erga omnes*, a parte dispositiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, e apenas ela, é dotada de eficácia contra todos, no âmbito da fiscalização abstrata de normas.

Pois bem, o efeito vinculante, uma vez entendido como algo diverso da eficácia *erga omnes*, não poderia ser tido como vinculação à parte dispositiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. Há de ser algo diferente disso. A obrigatoriedade oriunda do efeito vinculante ultrapassa a parte dispositiva, abrangendo os chamados *motivos* ou *fundamentos determinantes* da decisão, ou seja, sua *ratio decidendi*. Partindo-se do pressuposto de que o efeito vinculante instituído no direito pátrio deita raízes no direito tedesco, Gilmar Ferreira Mendes aponta que:

A Corte Constitucional alemã sempre interpretou o efeito vinculante (*Bindungsvirkung*), previsto no § 31, I da Lei orgânica do Tribunal como instituto mais amplo do que a coisa julgada (e do que a força de lei, por conseguinte) exatamente por tornar obrigatória não apenas a observância da parte dispositiva da decisão, mas também dos chamados *fundamentos determinantes* (*trangende Gründe*). Os órgãos e autoridades federais e estaduais, bem como os juízes e Tribunais, estariam, assim, vinculados às assertivas abstratas (*abstrakte Rechtsaussagen*) da Corte Constitucional. A decisão não resolveria apenas caso singular, mas conteria uma determinada concretização jurídica da Constituição para o futuro.

²⁸² STF – ADC-QO n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 05.11.1993.

²⁸³ Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 306; MENDES, Gilmar Ferreira, *Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*, cit., p. 109.

²⁸⁴ STF – ADC-QO n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, voto do Min. Carlos Velloso, *DJU*, de 05.11.1993.

Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (*Tenor*) e dos *fundamentos determinantes* (*tragende Gründe*) sobre a interpretação hão de ser observados por todos tribunais e autoridades nos casos futuros.²⁸⁵

Desse modo, os destinatários do efeito vinculante devem observar a própria *regra de direito* que se extrai dos fundamentos determinantes da decisão. Disso decorre: (a) que tais destinatários, inclusive os que não participaram do processo, devem adequar suas condutas à orientação fixada na *ratio decidendi* da decisão vinculante; b) que atos de idêntico teor àquele reputado inconstitucional devem ser cassados; c) e que tais destinatários não podem adotar via interpretativa diversa daquela acolhida pela corte²⁸⁶. Em suma, poder-se-ia dizer que o efeito vinculante exige que seus destinatários tomem todas as providências possíveis para dar cumprimento à orientação fixada pela corte. Assim, as pessoas e órgãos abrangidos pelo efeito vinculante, caso deparem com situações que se enquadram na regra de direito extraída dos motivos determinantes, devem aplicar tal regra a esses casos, conferindo operacionalidade à concretização constitucional desenvolvida pela corte.

Está-se a ver que o efeito vinculante busca reforçar a eficácia das decisões tomadas pela Corte Constitucional, permitindo que os argumentos que as embasaram ultrapassem o caso singular em que foram proferidas. Por isso que, em razão de tal efeito, não se diz apenas que um específico conjunto normativo é adequado ou não perante a Constituição, mas sim que “determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto de pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservada ou eliminada”.²⁸⁷

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal inicialmente entendeu que o efeito vinculante não englobava os motivos determinantes da decisão, ficando adstrito à sua parte

²⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 102; ver também: MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 118.

²⁸⁶ Ver: LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 150; SILVA, Celso Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 224.

²⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 104.

dispositiva. É o que se depreende do voto do Ministro Moreira Alves, referindo-se ao efeito vinculante da decisão proferida em ação declaratória de constitucionalidade:

(...) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.²⁸⁸

O paradoxo verificado nessa argumentação consiste em que se o efeito vinculante se restringisse apenas à parte dispositiva da decisão, como sustentou o Ministro, ele não teria o condão de alcançar atos de igual conteúdo àquele declarado constitucional ou inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois a decisão valeria única e exclusivamente para esse ato que foi objeto da decisão. No entanto, se os atinge, é porque se reconhece efeito vinculante aos fundamentos determinantes da decisão, indo além, portanto, do caso em que a decisão foi proferida. Julgou-se, a rigor, a constitucionalidade não apenas de um único caso concreto, mas de uma “situação, conduta ou regulação” por inteiro. Por essa razão, os atos de teor idêntico são afetados pelo pronunciamento da corte.

Mais recentemente, porém, o Supremo Tribunal Federal tem deixado mais clara sua posição quanto ao efeito vinculante, situando-a no âmbito da *ratio decidendi* de seus pronunciamentos, tal como verificado no direito germânico. Vale destacar, ilustrativamente, duas oportunidades em que essa corte se valeu da transcendência dos motivos determinantes de suas decisões.

A primeira situação envolve uma ação direta de inconstitucionalidade²⁸⁹ proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos itens III e XIII da Instrução Normativa n. 11/97, aprovada pelo Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho. Tais itens permitiam o seqüestro de rendas públicas para fins de pagamento de precatórios judiciais, em duas hipóteses: a) em caso de não-inclusão, no orçamento da pessoa jurídica de direito público condenada, de

²⁸⁸ STF – ADC-QO n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJU*, de 05.11.1993.

²⁸⁹ STF – ADI n. 1.662, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 11.09.2001.

verba necessária ao pagamento de tais precatórios (item III); e b) em caso de pagamento efetivado por meio inidôneo, a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal (item XIII). O Tribunal, considerando a redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, concluiu que essas hipóteses não se enquadram na *única* autorização constitucional de seqüestro de rendas públicas para pagamento de precatórios, qual seja, a *preterição do direito de preferência* (art. 100, § 2º), situação essa que não foi modificada pela referida emenda. As hipóteses constantes dos itens III e XIII da Instrução Normativa, a rigor, configurariam *novas* modalidades de seqüestro, além da constitucionalmente permitida. Por isso, considerou-as inconstitucionais.

Em seguida, o Governador do Distrito Federal ajuizou reclamação²⁹⁰ perante o Supremo Tribunal Federal para cassar ato da Juíza Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região que determinou o seqüestro de recursos públicos para pagamento de precatórios *vencidos*. Observe-se que ambas as partes nessa reclamação não participaram da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.662, antes mencionada. Além disso, o relator da reclamação, Ministro Maurício Corrêa, destacou que o ato atacado se pautava em hipótese diversa das duas constantes da Instrução Normativa n. 11/97 (itens III e XIII). Mesmo assim, julgou-se procedente a reclamação, fulminando o seqüestro ordenado pela reclamada. O decisivo foi o efeito vinculante do motivo determinante que respaldou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.662, isto é, que a *única* situação em que é possível efetuar o seqüestro de recursos públicos é a preterição da ordem de precedência, sendo *todas* as outras inconstitucionais. Eis sua *ratio decidendi*, de observância obrigatória pelos destinatários do efeito vinculante.²⁹¹

A segunda situação se refere à ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República que reputou inconstitucional a Lei n. 5.250/2002 do Estado do Piauí, que definiu como obrigações consideradas de pequeno valor no âmbito desse ente

²⁹⁰ STF – RCL n. 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 08.10.2003.

²⁹¹ “(...) o Tribunal, também por maioria, julgou procedente o pedido formulado, por entender que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 1.662/DF, decidindo que a superveniência da Emenda Constitucional n. 30/2000 não implicara alteração substancial na disciplina do artigo 100 da Constituição Federal, fixara entendimento segundo o qual a única hipótese de seqüestro de verba pública admitida pela Constituição Federal é a da preterição do direito de preferência, razão por que todas as demais situações de inobservância das regras ali disciplinadas, como ocorrera no caso concreto, caracterizam manifesto desrespeito à autoridade da decisão de mérito tomada na citada ação direta, sendo passíveis, assim, de impugnação pela via da reclamação.” (*Informativo STF*, n. 323).

federativo os débitos de valor igual ou inferior a cinco vezes o salário mínimo²⁹². O Tribunal considerou que o artigo 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzido pela Emenda Constitucional n. 37/2002, definiu como de pequeno valor, para fins do parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal²⁹³, os débitos e obrigações de valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos perante as Fazendas Estaduais e do Distrito Federal, *até a elaboração das respectivas leis definidoras desse valor pelos entes federativos*. Portanto, entendeu que se cuidava de uma regra *transitória*, de modo que os Estados-membros estariam livres para fixar, cada qual, o montante a ser considerado obrigação de pequeno valor. Ao final, julgou a lei piauiense constitucional. O motivo determinante nessa decisão pode ser enunciado da seguinte forma: no âmbito dos Estados-membros, considera-se como de pequeno valor as obrigações de valor igual ou inferior a quarenta salários mínimos, *desde que não haja lei estadual dispondo de forma diversa*.

Com base nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar em reclamação para suspender a eficácia de ato emanado do Juízo da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju, que julgou inválida lei de teor idêntico àquele considerado constitucional do Estado do Piauí, contrariando, portanto, a orientação vinculante da corte:

Fiscalização abstrata de constitucionalidade. Reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade constitucional da legislação do Estado do Piauí que definiu, para os fins do artigo 100, parágrafo 3º da Constituição, o significado de obrigação de pequeno valor. Decisão judicial de que ora se reclama, que entendeu inconstitucional legislação de idêntico conteúdo, editada pelo Estado do Sergipe. Exame da questão relativa ao efeito transcendente dos motivos determinantes que dão suporte ao julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes. Admissibilidade da reclamação. Medida cautela deferida.²⁹⁴

Convém registrar a argumentação do Ministro Celso de Mello, que deixou evidente a vinculatividade da *ratio decidendi* da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.868/PI:

²⁹² STF – ADI n. 2.868, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU*, de 15.06.2004.

²⁹³ “Artigo 100 - À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 3º - O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

²⁹⁴ STF – RCL n. 2.986 MC/SE, rel. Min. Celso de Mello, j. 18.03.2005.

O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI n. 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI n. 2.868/PI, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa.

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da RCL n. 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria *ratio decidendi*, projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, *in abstracto*, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade (...).

Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico (...)

Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de *guarda da Constituição* (CF, art. 102, *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema (...).²⁹⁵

A doutrina e a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal demonstram que o efeito vinculante recai sobre os motivos determinantes de suas decisões, agregando-lhes uma força jurídica que impõe aos destinatários desse efeito a adequação de suas condutas à orientação firmada pela corte. Como aduz Gilmar Ferreira Mendes: “Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância

²⁹⁵ Informativo do STF, n. 379).

estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.”²⁹⁶

Se, ainda segundo o autor, nada obsta a que o legislador estenda essa proteção especial a outras decisões do Supremo Tribunal Federal²⁹⁷, com maior razão se justifica essa extensão à *jurisprudência constitucional* por ele firmada, como se dá com as súmulas vinculantes.

7.2 O efeito vinculante das súmulas

7.2.1 Objeto da vinculação

O caráter obrigatório decorrente do efeito vinculante da interpretação jurídico-constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato de normas, não é diferente da exegese consubstanciada em súmula vinculante. Cabe, no entanto, esclarecer alguns pontos em relação ao efeito vinculante das súmulas.

Em primeiro lugar, é preciso apontar aquilo que efetivamente vincula nas súmulas. Diferentemente do que ocorre nas ações diretas, o efeito vinculante das súmulas não se refere a uma decisão singular, já que ela exige *reiteradas decisões* em um mesmo sentido para poder ser editada. Assim, a súmula vinculante representa a síntese de uma *jurisprudência*. Dessa feita, é importante que a vinculação se faça a partir do fundamento determinante desse conjunto de decisões reiteradas em um mesmo sentido que formaram a base da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Com isso, sendo a súmula a síntese dessa jurisprudência, ela deva representar a sua própria *ratio decidendi*. Explicando melhor, a *ratio decidendi* dessa jurisprudência deve se corporificar no enunciado sumular, expressar-se por meio dela, tornando visível a regra de direito que norteou o julgamento de diversos casos semelhantes em um mesmo sentido. Isso significa que a vinculação não deve advir do verbete sumular isoladamente, pois, do contrário, não

²⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 324.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 323.

haveria, de fato, vinculação de fundamentos determinantes, mas apenas a imposição do enunciado que compõe a súmula²⁹⁸. Aqui está mais uma forte razão para que haja uma unidade quanto à fundamentação ou argumentação nas reiteradas decisões, pois, ao revés, a súmula não representará *ratio decidendi* alguma, isto é, ela transmitiria a falsa idéia de uma suposta jurisprudência sólida da corte²⁹⁹. Deve-se frisar, portanto, que o verbete está preso aos motivos determinantes da jurisprudência constitucional que está em sua base, ou seja, conecta-se a eles. Considerar como vinculante unicamente o enunciado sumular significaria abstrair indevidamente todo o seu substrato jurisprudencial.

Além de consubstanciar uma orientação jurídica mais sólida e segura, haja vista que se supõe o amadurecimento do Tribunal ao manter seu entendimento em várias situações semelhantes, a enunciação da *ratio decidendi* através da súmula vinculante também almeja simplificar o trabalho dos aplicadores do direito. De fato, a súmula deve ser considerada como um *primeiro e relevante indício* do fundamento determinante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O enunciado como que deve conduzir o intérprete ao núcleo do entendimento da corte. Isso revela a importância que assumirá a própria redação da súmula, pois, quanto mais deficitária for essa redação, maior a dificuldade em se identificar o motivo determinante.

Outrossim, o enunciado sumular não apenas deve explicitar a *ratio decidendi* como também configura, ao mesmo tempo, o próprio limite objetivo do efeito vinculante das súmulas³⁰⁰. Assim, a súmula vinculante apresenta uma função seletiva, pois busca nortear as teses e orientações jurídicas que serão dotadas de obrigatoriedade, excluindo outras que poderão, no máximo, ter força persuasiva.

Isso não significa, contudo, que a aplicação da súmula vinculante deva se fazer em total desconsideração com a jurisprudência que a sustentou. Ao contrário, em razão de sua inexorável conexão com os motivos determinantes da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, a sua adequada aplicação exigirá, não raro, que o intérprete

²⁹⁸ Nesse sentido, ver: LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, cit., p. 176-177.

²⁹⁹ Ver o item 6.2.1.

³⁰⁰ Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e Samantha Meyer Pflug afirmam: “Os limites objetivos da súmula vinculante são fornecidos pelo enunciado que resulta de sua formulação.” (Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004, cit., p. 365).

leve em conta o conjunto de precedentes que estão na sua base. Cuida-se de compreender o *texto* da súmula considerando o *contexto* do qual ela emergiu, o que contribui para sua melhor aplicação.

7.2.2 Efeito vinculante sem eficácia *erga omnes*?

Uma peculiaridade quanto ao efeito vinculante das súmulas é que ele não veio acompanhado, como ocorreu com as decisões em controle abstrato de normas, da eficácia *erga omnes*³⁰¹. O texto da Emenda Constitucional n. 45/2004 apenas disse que o Supremo Tribunal Federal poderá “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”. Da análise textual da emenda, pode-se depreender que as súmulas teriam efeito vinculante, mas não teriam eficácia *erga omnes*. Daí, pode-se indagar quais os reflexos, para as próprias súmulas, do efeito vinculante desacompanhado da eficácia *erga omnes*?

Partindo-se da idéia de que as súmulas vinculantes consubstanciam uma orientação jurídica consolidada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória para os demais órgãos do Judiciário e para a Administração pública do país inteiro, carece de maior relevância dizer que elas não teriam eficácia *erga omnes*. Ora, a própria extensão subjetiva das súmulas demonstra que ela se estende a uma pluralidade de pessoas e órgãos, não se devendo dizer que elas não teriam eficácia *erga omnes* pela simples falta de enunciação expressa por parte da Emenda Constitucional n. 45. Os únicos não abrangidos pelo efeito vinculante, como será posteriormente explorado, foram os órgãos legislativos e o próprio Supremo Tribunal Federal. Mas, feitas essas exceções, a ausência de previsão expressa da eficácia contra todos não altera o caráter abrangente e genérico das súmulas.

O efeito vinculante das súmulas é um *plus* normativo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, alcançando-lhe os motivos determinantes, devendo, por isso, ser seguida pelos demais aplicadores do direito. Isso se evidencia quando se considera que o próprio

³⁰¹ LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, cit., p. 144.

efeito vinculante abarca “os demais órgãos do Judiciário e a Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Diante disso, como não dizer que o efeito vinculante das súmulas não compreende a eficácia *erga omnes*? Se não tem eficácia *erga omnes*, terá, *a contrario sensu*, eficácia *inter partes*? Porém, ao mesmo tempo, e paradoxalmente, terá eficácia *inter partes* que obriga, por força do efeito vinculante, os demais órgãos do Judiciário e a Administração pública do país inteiro?

Logo, considerando essas contradições, entende-se que a falta de referência pela Emenda Constitucional n. 45 da eficácia *erga omnes* da súmula não lhe afeta o rigor normativo, pois, excetuado-se o legislador, ela terá eficácia contra todos os demais órgãos do Judiciário e toda a Administração pública, isto é, o efeito vinculante se sobrepõe ao *erga omnes*.

7.3 Limites subjetivos do efeito vinculante das súmulas

7.3.1 O Poder Judiciário e o problema da autovinculação do Supremo Tribunal Federal

Nos termos do *caput* do artigo 103-A da Constituição, o efeito vinculante das súmulas abrange os “demais órgãos do Poder Judiciário”. Trata-se de um consectário lógico das próprias finalidades perseguidas pelas súmulas vinculantes, isto é, fixar uma orientação jurídica capaz de superar um estado de incertezas e promover um tratamento isonômico na aplicação do direito. Desse modo, nada mais coerente que as demais instâncias judiciais, após terem gerado uma divergência judicial que acarretou grave insegurança jurídica e multiplicação de processos com questões idênticas, passem a seguir a linha interpretativa consolidada jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional. Com isso, busca-se contornar o problema da *jurisprudência lotérica*, assegurando uma maior previsibilidade das respostas do Judiciário às demandas idênticas.

Levanta-se a questão em saber se o próprio Supremo Tribunal Federal estaria ou não obrigado a seguir súmula vinculante que ele mesmo editou. A própria redação da Emenda Constitucional n. 45, ao referir apenas aos “demais órgãos do Poder Judiciário”, permite concluir que o Supremo Tribunal Federal pode deixar de seguir sua própria jurisprudência consignada em súmula vinculante. Do mesmo modo, na Alemanha, o Tribunal Constitucional não se considera vinculado à sua própria jurisprudência.³⁰²

O problema concernente à autovinculação do Supremo Tribunal Federal às suas próprias decisões dotadas de efeito vinculante não é nova. Desde a Emenda Constitucional n. 3/93, que também adotou a fórmula da vinculação apenas para os “demais órgãos do Poder Judiciário”, a questão é discutida. Tem-se entendido que o Supremo Tribunal Federal não está preso às suas próprias decisões vinculantes porque isso representaria “renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, afazer imanente dos órgãos de jurisdição constitucional”³⁰³, impedindo que o texto constitucional se adapte à dinâmica da realidade social, sob pena de petrificação do direito. No entanto, a possibilidade de mudança de entendimento da corte não lhe autoriza decidir arbitrariamente, da forma como queira. O novo entendimento deve ser justificado, demonstrando-se o equívoco ou a inadequação da postura anterior.

Acredita-se ser essa a posição mais acertada, sendo seus argumentos aplicáveis às súmulas vinculantes. De fato, quando se afirma que o Supremo Tribunal Federal não está tolhido por suas próprias súmulas vinculantes, não se quer dizer que ele pode simplesmente deixar de aplicá-las, da maneira como lhe aprouver. Seria paradoxal exigir que todas as instâncias judiciais do país seguissem uma súmula vinculante se nem órgão que a criou está disposto a aplicá-la. Por isso, a não vinculação do Supremo Tribunal Federal, no caso das súmulas vinculantes, deve ser entendida como a possibilidade de ele vir a modificá-las ou cancelá-las, consoante procedimento específico para tanto. Por essa razão, se o Supremo Tribunal Federal não optou por essa modificação ou cancelamento, ele deve continuar seguindo a orientação contida na súmula vinculante.

³⁰² MARTINS, Leonardo, Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, cit., p. 121.

³⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 104. Ver também: LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, cit., p. 159; SILVA, Celso Albuquerque, *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*, cit., p. 226; PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, cit., p. 232-233; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira, *O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores*, cit., p. 154.

Cumprе ressaltar que, se já é necessária, por força do dever motivação que preside as decisões judiciais, uma justificação consistente e racional para uma decisão singular que altera orientação anterior exposta pelo Supremo Tribunal Federal, essa exigência deve ser redobrada quando se trata de alteração de súmula vinculante. É que, nesse caso, não se modifica apenas uma decisão singular, altera-se toda uma jurisprudência constitucional anteriormente consolidada. Então, se o Supremo Tribunal Federal pretende se afastar da tese jurídica expressa em súmula vinculante, há de arcar com o ônus argumentativo que essa alteração implica. Sob esse aspecto, a súmula vinculante acaba exercendo sobre o Supremo Tribunal Federal uma função de autolimitação de suas próprias competências: ele pode mudar ou cancelar uma súmula, mas, para tanto, deve demonstrar racionalmente os novos fundamentos que embasam a nova orientação. Uma mudança sem critérios efetuada pela corte não apenas arranha sua credibilidade institucional, como representa fator de insegurança jurídica para os jurisdicionados, na medida que eles passam a se submeter a uma jurisprudência flutuante e instável.

Visto dessa forma o sentido da ausência de vinculação do Supremo Tribunal Federal às súmulas vinculantes, tem-se que, de acordo com o artigo 92 da Constituição, os demais órgãos do Poder Judiciário que lhe devem observância são: o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e juizes federais, os Tribunais e juizes do trabalho, os Tribunais e juizes eleitorais, os Tribunais e juizes militares, os Tribunais e juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

7.3.2 O Poder Legislativo e a prejudicialidade das súmulas vinculantes por inovação legislativa

O Poder Legislativo não está submetido aos comandos do efeito vinculante das súmulas. A Emenda Constitucional n. 45 restringiu o alcance subjetivo aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública. Assim, nada impede, sob o prisma jurídico, que o legislador venha contrariar entendimento consolidado em súmula vinculante, através de um novo instrumento legislativo.

Em princípio, poder-se-ia entender que, uma vez revogada, total ou parcialmente, a lei com base na qual se elaborou uma súmula vinculante, ela seria infalivelmente atingida. A súmula vinculante, então, estaria prejudicada em razão do novo diploma legislativo. Essa é a opinião de Cândido Rangel Dinamarco, externada mesmo antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 45:

(...) ficará *prejudicada* a súmula quando a *lei* especificada por ela se alterar. Se todo o sistema sumular se destina a fixar pontos relacionados com a “validade, interpretação e eficácia de normas determinadas” (art. 97-A, § 1º), é natural que, sem o texto legal a que se liga instrumentalmente, também a súmula deixe de existir para o direito.³⁰⁴

Parece ter sido essa a orientação seguida pelo legislador, pois o artigo 5º da Lei n. 11.417/2006 dispõe o seguinte:

Artigo 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.

A partir da análise desse dispositivo, uma primeira situação pode ser destacada. Se a lei com base na qual se criou uma súmula vinculante vier a ser *revogada* por outra lei, a súmula perderia sua razão de existir, devendo ser cancelada. No entanto, o problema não é tão simples quanto parece. Em certas situações, a súmula poderá veicular a pronúncia de inconstitucionalidade de certa lei. Considerando que a súmula estabelece um trânsito da jurisdição difuso-concreta para a concentrado-abstrata, a decisão de inconstitucionalidade nela veiculada acarreta a nulificação do ato inconstitucional. Assim, em razão do efeito vinculante, a lei inválida deixaria de pertencer ao ordenamento jurídico³⁰⁵. Nesse caso, não teria cabimento que uma lei posterior viesse revogar uma lei cuja inconstitucionalidade fora reconhecida através de súmula vinculante, porque não se pode revogar aquilo que não mais existe juridicamente.³⁰⁶

Além disso, a súmula vinculante poderá continuar sendo aplicada para fulminar outras leis de idêntico teor ao daquela considerada inválida. Pense-se em uma súmula criada a partir de divergência judicial sobre a constitucionalidade de lei municipal

³⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Decisões vinculantes*, cit., p. 184.

³⁰⁵ Ver o item 3.5.

³⁰⁶ Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 71-72.

responsável pela instituição da “taxa de iluminação pública” no Município de Recife. Nessa hipótese, ela continuará tendo eficácia em relação a outros municípios onde existem leis idênticas àquela que ensejou a sua elaboração. Assim, a súmula conserva sua utilidade, não sendo prejudicada, em sua essência, pela “revogação” da lei recifense. Se eventualmente o enunciado da súmula fizer referência expressa a essa lei, bastará ajustar sua redação, excluindo a alusão a este ou àquele município. O importante é que a *ratio decidendi* da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanece aplicável aos demais municípios onde houver lei instituidora de “taxa de iluminação pública”³⁰⁷. Logo, a súmula não deverá ser afetada por essa lei “revogadora”.

Por outro lado, poder-se-ia pensar que, não sendo o caso de declaração de inconstitucionalidade através de súmula vinculante, então ela seria atingida por eventual lei posterior. Mesmo assim, não se deve concluir pela automática prejudicialidade da súmula, porque as súmulas vinculantes, embora não mais possam produzir efeitos jurídicos para as situações futuras, produzi-los-ão para reger fatos ocorridos no passado, durante o período em que estiveram em vigor. Em relação a esses casos, a súmula continua sendo o parâmetro e fundamento de validade. Assim, os destinatários de uma súmula vinculante deverão aplicar a interpretação nela contida, a partir de sua entrada em vigor, aos fatos ocorridos nesse período e durante a vigência da lei em que a súmula se baseou. Em outros termos, a súmula será útil para continuar fixando a solução jurídica adequada para os conflitos verificados no lapso temporal em que ela e a lei estiveram em vigor.

O dispositivo legal acima referido ainda contempla uma outra hipótese de prejudicialidade da súmula vinculante. Trata-se do caso em que, ao invés de revogação, na dicção do enunciado legal, verifica-se uma *alteração* (revogação parcial) da lei que serviu de supedâneo para a súmula vinculante. Assim, em razão dessa alteração, a súmula poderia igualmente ser revista ou cancelada, a depender do quanto a súmula foi afetada. Acredita-se, contudo, que da alteração legal não se segue, de plano, a prejudicialidade da súmula. Aqui são válidas as mesmas observações feitas anteriormente sobre a regulação, pela súmula vinculante, das situações ocorridas sob égide do diploma legal pretérito, a partir da entrada em vigor da súmula. Poder-se-ia ainda vislumbrar outras situações. Suponha-se que a lei nova, que modificou o diploma legislativo em que a súmula se baseou, vem a ser

³⁰⁷ Súmula (não-vinculante) n. 670 do STF: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.”

considerada, em sede de controle abstrato, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo dele avaliar o efeito dessa nova lei sobre a súmula vinculante. Nesse caso, considerando que a declaração de inconstitucionalidade torna via de regra aplicável a legislação anterior³⁰⁸, a súmula não seria afetada pela inovação legislativa, já que ela foi reputada inválida em controle abstrato. Assim, uma vez que os enunciados normativos que lhe serviram de base voltariam a vigorar, por força da declaração de inconstitucionalidade do novo diploma normativo, a súmula não seria prejudicada.

Portanto, percebe-se que não se deve seguir a primeira interpretação que o artigo 5º em comento poderia apresentar, ou seja, pela automática prejudicialidade das súmulas vinculantes. Tanto na hipótese de *revogação* (total), como na de *alteração* (parcial) da lei, a súmula não deverá ser necessariamente revista ou cancelada. É certo, contudo, que tais inovações legislativas comprometerão a eficácia futura das súmulas vinculantes. Por outro lado, ao introduzir novos enunciados normativos no sistema, o legislador estará estabelecendo outros parâmetros interpretativos para o Judiciário. Em outras palavras, poder-se-á inaugurar outra divergência sobre matéria constitucional em torno da validade, interpretação e eficácia de seus dispositivos, travada entre órgãos judiciais ou entre esses e a Administração pública e que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos idênticos. Daí, a nova querela pode, tal como a antiga, chegar ao Supremo Tribunal Federal. Ele poderá igualmente, e pela inevitável necessidade de interpretar o direito como atividade prévia ao exercício de todas as funções, construir nova jurisprudência sobre a matéria constitucional controvertida. Em suma, poderá construir nova súmula vinculante, desde que reunidos todos os requisitos para tanto.

Em todos os exemplos utilizados acima, a súmula vinculante é oriunda de interpretação de lei infraconstitucional, ainda que referida à matéria constitucional. Daí que a alteração dessa lei se daria por instrumento legislativo hierarquicamente igual ou superior. Seguindo esse raciocínio, percebe-se que se a súmula vinculante decorrer de interpretação direta de enunciados constitucionais, ela só ficaria prejudicada mediante elaboração de emenda constitucional, já que lei infraconstitucional não pode modificar a Constituição. Então, seguindo esse raciocínio, seria de indagar: se a súmula se fundar em

³⁰⁸ Ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 249; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*, cit., p. 228.

interpretação de preceitos constitucionais que consubstanciam cláusula pétrea, dever-se-ia concluir que nem por emenda constitucional ela poderia ser atingida?

A questão deve ser posta da maneira devida, a fim de evitar conclusões no sentido de que, unicamente em razão da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal se tornou uma “superinstância”, intocável por qualquer dos demais poderes, inclusive pelo reformador da Constituição.

Quanto ao instrumento legislativo, acredita-se que eventual súmula vinculante resultante de interpretação direta de enunciados constitucionais apenas quedará prejudicada através de alteração desses enunciados por emenda constitucional. De fato, juridicamente, não se vislumbra solução diversa, pois não poderia haver alteração do texto constitucional por instrumento legislativo que lhe é hierarquicamente inferior. Assim, conferindo-se um novo tratamento à matéria jurídica anteriormente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, e consolidada em súmula vinculante, a emenda recém-criada reabre a discussão, introduzindo elementos até então inexistentes. A corte terá que decidir os casos concretos com base na nova disciplina jurídica, embora mantendo a súmula para as situações já ocorridas antes da emenda.

A mesma solução é oferecida para o caso de súmulas vinculantes criadas a partir de enunciados que constituem cláusulas pétreas. Nesse passo, é importante destacar que a mera alteração de algum desses enunciados não é necessariamente violação ao “núcleo duro” da Constituição. O que é vedado ao poder reformador é propor emenda *tendente a abolir* os princípios que consubstanciam as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF). Como ressalta Ingo Sarlet:

(...) também entre nós as “cláusulas pétreas” não implicam absoluta imutabilidade dos conteúdos por elas assegurados.

(...)

Com efeito, de acordo com a lição da doutrina majoritária, as “cláusulas pétreas” de uma Constituição não objetivam (...) a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas, sim, dos princípios neles plasmados, não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional.³⁰⁹

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentos sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380-381.

Desse modo, não se afigura defeso ao legislador que ele proceda alterações tópicas em determinados dispositivos constitucionais, mesmo quando eles configurarem expressões de cláusulas pétreas. No caso em que se busca, através de emenda constitucional, direcionar para outro sentido a jurisprudência constitucional sintetizada em súmula vinculante, o que se tem é a tentativa de o órgão reformador fazer prevalecer sua concepção a respeito de certo conteúdo de uma cláusula pétrea sobre aquela estabelecida jurisprudencialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Explicando melhor, o órgão legislativo entende que sua visão interpretativa acerca de determinada cláusula pétrea é mais adequada do que a firmada pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual busca alterá-la. São pertinentes, a propósito, as observações de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

De um lado, nem sempre o Judiciário é o intérprete mais liberal e progressista da Constituição; por outro lado, o Poder Legislativo, no uso das funções constituintes, é intérprete constitucional tão autorizado quanto o Poder Judiciário, e pode, por ser corpo eletivo, periodicamente renovado, refletir com fidelidade os anseios da comunidade e a realidade político-social do momento. É claro, porém, que não concordamos com reformas constitucionais levianas, levadas a efeito tão-somente por influxo das correntes políticas dominantes e que ponham em risco as necessárias permanência e certeza das normas constitucionais. Admitimos apenas que, em dado momento, o Poder Político representado pelo Congresso possa refletir, de modo mais adequado, a realidade e os anseios sociais.³¹⁰

Do que se expôs, não se deve concluir que toda jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dotada de força obrigatória é *ruim e injusta*, nem, muito menos, que toda modificação legislativa dessa jurisprudência é *boa e justa*. A dialeticidade presente nesse tipo de situação entre o órgão legislativo e o Supremo Tribunal Federal é consequência da existência de um órgão judicial ao qual compete defender a Constituição em última instância, e não da súmula vinculante. Adota-se aqui a idéia de uma *Constituição viva*, que não possui um *donos*, mas vários intérpretes, dentre eles o órgão legiferante, embora, em certos casos, a interpretação definitiva provenha do órgão máximo de jurisdição constitucional, que é o Supremo Tribunal Federal. O que se deve deixar claro é que se afastam reduções organicistas que pretendem confinar a interpretação da Constituição ao desenvolvimento de um só operador jurídico, como seria o Tribunal Constitucional, representado, aqui, pelo Supremo Tribunal Federal.³¹¹

³¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, cit., p. 113, nota 30.

³¹¹ CANOSA USERA, Raúl, *Interpretación constitucional y formula política*, cit., p. 24.

No caso das súmulas vinculantes, entende-se que se algum representante da esfera política, como o Legislativo ou o Executivo, pretender alterar súmula vinculante editada diretamente com base no texto constitucional, convém, em um primeiro momento, que seja utilizado o procedimento de revisão ou cancelamento previsto na Lei n. 11.417/2006, em vez de logo adotar o mecanismo de reforma constitucional, porque, figurando o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, partido político com representação no Congresso Nacional como entes legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal, a fim de instaurar o procedimento de revisão ou cancelamento de súmula vinculante, esses legitimados poderão canalizar para a corte eventuais debates políticos em que se discute a adequação de sua jurisprudência, dando-lhe a oportunidade para revisitar a questão. Ora, se essas autoridades e órgãos, assim como os demais legitimados, receberam da ordem constitucional a atribuição para instaurar o procedimento de revisão e cancelamento de súmula vinculante, é necessário que a exerçam efetivamente, e não a considerem como mero adorno. Por essa razão, sugere-se que, como alternativa primeira, o próprio Supremo Tribunal Federal seja provocado por algum desses legitimados para rever sua jurisprudência e, em permanecendo a resistência ao entendimento da corte, que se adote, como última alternativa, desde que reputando-a conveniente, o processo de reforma constitucional.

Essa solução se justifica ainda mais no contexto histórico brasileiro, em que se verifica um clima de compulsão reformista, o que traz como resultado o enfraquecimento da força normativa da Constituição.

7.3.3 Administração pública

Algo notório sobre as súmulas vinculantes é que a Administração pública constitui um de seus principais alvos. Busca-se coibir o uso sistemático de ações e recursos meramente protelatórios por parte do aparelho estatal, o que constitui uma importante causa de sobrecarga do Poder Judiciário e representa desrespeito aos cidadãos cujos direitos já foram amplamente reconhecidos em jurisprudência sólida do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, devem obediência à súmula vinculante a Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A, *caput* da CF). No âmbito da Administração pública indireta, encontram-se as autarquias (inclusive as denominadas autarquias *especiais*, como é o caso das agências reguladoras), as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Convém observar que os órgãos jurisdicionais estão vinculados duplamente, isto é, tanto no que diz respeito ao exercício da função jurisdicional propriamente dita, quanto no que se refere ao exercício de função administrativa por esses órgãos.

Embora o legislador não esteja vinculado pelas súmulas quanto à função legislativa propriamente, podendo criar leis com conteúdos discrepantes daquele contido no enunciado da súmula, o mesmo não ocorre quando está investido de outras funções, como a administrativa e a fiscalizatória. Logo, desde que em exercício dessas funções, os órgãos legislativos deverão aplicar as súmulas vinculantes.

7.4 Possibilidade de modulação dos efeitos da súmula

Uma vez aprovada a edição de súmula vinculante, ela passará a produzir seus efeitos, em regra, “a partir de sua publicação na imprensa oficial” (art. 103-A, *caput* da CF). Isso significa que a súmula vinculante não tem eficácia retroativa (*ex tunc*), mas tão-somente prospectiva (*ex nunc*), mesmo nas hipóteses em que ela veicular declaração de inconstitucionalidade de determinada norma. Reflexo prático relevante dessa eficácia prospectiva da súmula vinculante é que os atos praticados antes de sua publicação na imprensa oficial não são alcançados por ela. De fato, se a súmula não possui eficácia retroativa, então todos os atos e negócios efetuados em momento anterior à sua publicação serão preservados, mesmo que tenham sido realizados com base em interpretação jurídica não acolhida na súmula. Portanto, tem-se que, como regra, a súmula apenas vincula a partir de sua publicação.

Todavia, a Lei n. 11.417/2006 permitiu que o Supremo Tribunal Federal alterasse o alcance do efeito vinculante das súmulas. De acordo o artigo 4º desse diploma legal:

Artigo 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.

Esse dispositivo guarda semelhança com enunciados constantes da Lei n. 9.868/99 (que regula o processo e julgamento da ADI e da ADC) e da Lei n. 9.882/99 (que regula o processo e julgamento da ADPF). No que se refere ao primeiro diploma legal, trata-se do artigo 27, que assim dispõe:

Artigo 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.

Em relação ao segundo diploma legal, cuida-se do artigo 11, que estabelece:

Artigo 11 - Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição 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.

Esses últimos preceitos encontram justificativa plausível no âmbito do controle concentrado de leis e atos normativos pelo Supremo Tribunal Federal. É que, como se sabe, nesse tipo de controle, a declaração de inconstitucionalidade acarreta, como regra geral, a nulificação da norma inválida, com eficácia retroativa (*ex tunc*), afetando todos os atos concretos pautados na norma inconstitucional. No entanto, a práxis decisória do Supremo Tribunal Federal, nesse passo, seguindo tendência jurisprudencial de tribunais constitucionais estrangeiros, tem percebido que, por vezes, em nome de princípios como segurança jurídica e boa-fé, faz-se necessário preservar certos atos e negócios realizados com base na lei inconstitucional. Isso leva a corte a ter que reavaliar a rígida ortodoxia da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*, com fulcro na tese de nulidade do ato inconstitucional, de matriz norte-americana. Pois bem, é para situações fora do comum como essas que os artigos 27 e 11 supra podem ser invocados pelo Supremo Tribunal

Federal, isto é, quando houver *excepcional interesse social* e para prestigiar a *segurança jurídica*, evitando-se o efeito puramente *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade.

A leitura desses enunciados permite concluir que o órgão poderá, atendidos os requisitos neles fixados, *restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade* ou *decidir que essa declaração só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento a ser fixado pelo próprio órgão*. Assim, com base em tais preceitos, o Supremo Tribunal Federal poderia adotar qualquer das seguintes decisões sobre a inconstitucionalidade de uma lei. Ele pode: (a) preservar determinados efeitos emanados da lei, mesmo que a decisão tenha sido proferida com eficácia *ex tunc*; b) declarar a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; (c) determinar que a decisão só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado, o que equivaleria a atribuir-lhe efeito *ex nunc*; ou (d) fixar um outro momento a partir do qual ela terá eficácia³¹². Portanto, uma vez demonstrada a prevalência da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderá atenuar o rigor da doutrina da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, protegendo, consoante as situações verificadas acima, certos atos fundados na lei inconstitucional.

Pois bem, uma vez verificado o modelo que supostamente inspirou o legislador ordinário da súmula vinculante, cabe perquirir a sistemática adotada para ela. Em primeiro lugar, observe-se que o *quorum* exigido para se poder modular os efeitos da súmula vinculante é o mesmo que se exige para a sua edição, ou seja, dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, já se verifica uma particularidade. É que, quanto às decisões em controle concentrado, o *quorum* de dois terços é considerado *especial* ou *qualificado* porque a mera pronúncia de inconstitucionalidade, sem modulação de efeitos, ou seja, com a declaração retroativa da inconstitucionalidade, depende apenas da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal (art. 97 da CF). Tem-se, então, que o comum é a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade, efeito natural da própria decisão, e, em casos excepcionais, confere-se à corte a possibilidade de modular esses efeitos, excepcionalidade essa que justifica um *quorum* qualificado para tanto (dois terços). Assim, o *quorum* da maioria absoluta do Supremo Tribunal Federal bastaria para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, com efeitos retroativos, e, caso entenda ser necessário

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, cit., p. 394 ss.

modular tais efeitos, seria exigida nova deliberação, buscando-se atingir o *quorum* de dois terços da corte. No caso das súmulas vinculantes, esse *quorum* não agrega nada de especial, já que é exatamente o mesmo exigido para a sua edição.

Todavia, apesar de o *quorum* para a modulação ser o mesmo reclamado para a edição da súmula vinculante, uma questão ainda deve ser ressaltada. É que a possibilidade de modulação dos efeitos da súmula não advém automaticamente da aprovação de sua edição, ou seja, mesmo já tendo alcançado o *quorum* necessário para a sua edição (dois terços) não se segue daí pronta autorização para o Supremo Tribunal Federal modular-lhe os efeitos. A rigor, existem duas deliberações: uma para editar uma súmula vinculante e outra para decidir quanto à modulação de seus efeitos, embora, em ambas, exija-se o mesmo *quorum*.

A segunda observação de relevo diz respeito às possibilidades de modulação *temporal* dos efeitos da súmula vinculante, já que o artigo 4º da Lei n. 11.417/2006 permite ao Supremo Tribunal Federal “decidir que [a súmula vinculante] só tenha eficácia a partir de outro momento”. Como visto, ela apenas passa a produzir efeitos a partir de sua publicação na imprensa oficial, de modo que, via de regra, terá eficácia *ex nunc*. Não se permitindo que a súmula tenha eficácia retroativa (*ex tunc*), então, quanto ao aspecto temporal, restaria apenas fixar uma data, posterior à sua publicação na imprensa oficial, que servisse como termo inicial da produção de seus efeitos. Em outras palavras, o padrão é que a súmula desencadeie seus efeitos a partir de sua publicação, porém, já que se permitiu modular os efeitos dessa e, considerando que ela não pode apanhar situações pretéritas, essa modulação temporal serviria apenas para determinar uma data futura, que não a da publicação, para iniciar a produção de efeitos. A súmula vinculante, então, sempre produzirá efeitos *pro futuro*, apenas que ou eles se iniciarão a partir da sua publicação ou, caso seja obtido o *quorum* de dois terços em nova deliberação, a partir de outra data que vier a ser fixada pela corte.

A terceira observação é que o enunciado legal em análise fala não apenas em se decidir que a súmula tenha eficácia a partir de outro momento (aspecto temporal), como também que o Supremo Tribunal Federal possa “restringir os efeitos vinculantes”. Supondo tratarem-se de hipóteses diversas, cabe discutir o alcance da “restrição dos efeitos vinculantes”.

Poder-se-ia sustentar que essa hipótese permite ao Supremo Tribunal Federal restringir *especialmente* os efeitos vinculantes da súmula. Em princípio, seria questionável destinar uma súmula vinculante apenas a certas localidades do país, notadamente quando ela veicular exegese de leis nacionais ou enunciados da própria Constituição³¹³. Além disso, mesmo se se tratasse, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade de lei municipal, não seria, em princípio, adequada a restrição espacial para a respectiva unidade federativa. É que a súmula resulta de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e busca expressar a *ratio decidendi* dessa jurisprudência. Se é assim, essa *ratio decidendi* poderia ser invocada para questionar leis e atos de idêntico teor, produzidos em outras localidades do país, ao da lei que fomentou a elaboração da súmula vinculante. Com isso, permite-se a irradiação do entendimento do Supremo Tribunal Federal para outras localidades onde existam atos jurídicos cujo teor já foi apreciado pela corte. Portanto, competirá ao Supremo Tribunal Federal arcar com o ônus argumentativo que essa restrição espacial implica, pois, em princípio, a súmula vinculante deve se dirigir a todo o território nacional.

Outrossim, referida restrição poderia recair sobre o aspecto *subjetivo*, isto é, sobre os destinatários da súmula. Assim, poderiam ser excluídos de seu âmbito ou os órgãos do Poder Judiciário ou os da Administração pública. Seria incongruente editar súmula vinculante e excluir a Administração pública do dever de segui-la, uma vez que é precisamente ela quem, não raro, provoca demandas judiciais repetidas sobre as quais o Supremo Tribunal Federal já possui entendimento pacífico, prejudicando, com isso, os jurisdicionados. De outra parte, editar súmula vinculante obrigando apenas a Administração pública, e não o Judiciário, poderia provocar um efeito indesejável, qual seja, os eventuais descumprimentos da súmula por parte dos agentes administrativos poderiam ser confirmados pelos órgãos jurisdicionais, uma vez provocados, que não concordassem com o entendimento sumulado³¹⁴. Desse modo, a súmula correria o grave risco de não possuir efetividade alguma.

Por fim, poderia haver restrição dos efeitos vinculantes a determinadas parcelas do enunciado sumular. Nesse caso, o inconveniente é claro. Por que razão o Supremo

³¹³ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 69.

³¹⁴ *Ibidem*, mesma página.

Tribunal Federal, após proferir reiteradas decisões em um mesmo sentido e ter o consentimento de dois terços de seus membros quanto à edição de súmula vinculante, iria posteriormente dizer que partes do enunciado dessa súmula seriam não-vinculantes? Em razão desse paradoxo, acredita-se que seria inadequado considerar vinculantes apenas algumas partes do enunciado da súmula e outras desprovidas de imperatividade.

Ressalte-se, por fim que, em todas as hipóteses de modulação dos efeitos da súmula antes apontadas, o Supremo Tribunal Federal deverá justificar racionalmente a necessidade de tais restrições, a fim de esclarecer quais são as *razões de segurança jurídica e/ou de excepcional interesse público* a embasar sua posição.

7.5 Conseqüências jurídicas pelo descumprimento das súmulas vinculantes

Afirmar que, através da súmula vinculante, a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal é dotada de obrigatoriedade, exige, em contrapartida, que haja instrumentos coercitivos que operacionalizem sua imperatividade. Assim, a súmula vinculante, para ser efetiva, demanda mecanismos sancionatórios, a fim de evitar ou coibir condutas discrepantes por parte de seus destinatários. Logo, a vinculatividade da jurisprudência externada em súmula do Supremo Tribunal Federal não pode depender de fatores culturais, morais, políticos ou sociológicos, nem da predisposição de seus destinatários em segui-la. Do contrário, ter-se-ia que tal obrigatoriedade desempenha apenas uma função simbólica, na medida que pretende atingir um grau mais elevado de persuasão, mas que, igual a essa, não acarretaria nenhuma conseqüência jurídica em caso de descumprimento³¹⁵. Logo, sem mecanismos jurídicos efetivos para implementar o conteúdo da súmula vinculante, a obediência por parte de seus destinatários não passaria de mera questão de psicologia jurídica.

Levando isso em conta, tem-se que a primeira e importante conseqüência jurídica recai sobre o ato ou conduta contrário à súmula vinculante. É preciso, então, que tais atos sejam eliminados. Embora a cassação do ato discrepante seja a garantia mais eficaz, ela

³¹⁵ Nesse sentido, afirma Roger Stiefelman Leal: “Sem sanção, não há, de fato, vinculação.” (*O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, cit., p. 165).

não impede que a autoridade pública reincida na prática de ato contrário à súmula vinculante, nem que a mesma conduta seja seguida por outros agentes. Isso levaria à necessidade de um novo pronunciamento judicial do Supremo Tribunal Federal para cada ato destoante da súmula vinculante. Por isso, há igualmente a necessidade de responsabilização dos autores desses atos.

No presente caso, crê-se que, conjugando esses dois instrumentos sancionatórios, ou seja, a cassação do ato e a responsabilização do agente, torna-se viável a obrigatoriedade da jurisprudência constitucional sintetizada em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Serão analisadas as possibilidades, a partir do direito brasileiro, da cassação de atos contrários às súmulas vinculantes e a responsabilização dos agentes que os praticaram.

7.5.1 O cabimento de reclamação constitucional em casos de descumprimento de súmula vinculante

Nos termos do artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal, fixou-se que o ato administrativo ou a decisão judicial que dispuser de forma contrária à súmula vinculante será fulminado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, através do mecanismo da reclamação constitucional:

Artigo 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.

Tem-se, desse modo, que a reclamação constitucional é o instrumento processual cabível quando se constatar que houve violação à súmula vinculante por parte da Administração pública ou pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

A reclamação constitucional, como se sabe, apareceu no direito brasileiro através de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Ele se fundamentou principalmente na teoria dos “poderes implícitos” (*implied powers*), de matriz norte-

americana, para forjar o instrumento reclamatório. Em linhas gerais, a reclamação tem como finalidade resguardar as competências dessa corte e garantir a autoridade de suas decisões. Nesse sentido, seria inócuo atribuir ao Supremo Tribunal Federal funções e competências diferenciadas em relação aos demais órgãos jurisdicionais do país se ele não dispusesse de mecanismos para impor a sua autoridade e suas competências em casos de descumprimento pelas instâncias inferiores. Foi essa, basicamente, a justificativa invocada pelo Supremo Tribunal Federal na adoção da reclamação como decorrência de seus “poderes implícitos”. O Ministro Rocha Lagôa, acompanhando lição de Henry Campbell Black, afirma que:

(...) tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição. Ora, vão seria o poder, outorgado a este Supremo Tribunal, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais e juízes se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto, ele tem admitido ultimamente o uso do remédio heróico da reclamação, logrando desse modo fazer cumprir suas próprias decisões.³¹⁶

Posteriormente, em 1957, a reclamação passou a ser contemplada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que, sob égide da Carta de 1967, ostentou *status* de lei. Apenas com a Constituição de 1988, porém, a reclamação contou com previsão constitucional expressa (art. 102, I, “1”)³¹⁷. Esse tem sido o caminho percorrido pela reclamação até sua aterrissagem no texto constitucional em vigor, o que evidencia uma considerável evolução do instituto, de construção jurisprudencial, fundamentada na teoria dos “poderes implícitos”, à ação de índole constitucional.

A reclamação constitucional adquiriu notável importância no âmbito do controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal, viabilizando à corte cassar os atos contrários às suas decisões dotadas de efeito vinculante. Por isso, não é desapropriado sustentar que a reclamação assumiu papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira, na medida que, por meio dela, operacionaliza-se a efetiva obediência às decisões do Supremo Tribunal Federal, quando revestidas de efeito vinculante.

³¹⁶ STF – RCL n. 141/SP, rel. Min. Rocha Lagôa, j. 25.01.1952.

³¹⁷ “Artigo 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.”

Nesse diapasão, a reclamação prevista para invalidar os atos contrários à súmula vinculante manteve o mesmo figurino que tal instrumento já apresentava na práxis jurídica brasileira, haja vista que ela está vocacionada a manter a autoridade da jurisprudência constitucional dotada de obrigatoriedade do Supremo Tribunal Federal, acarretando a anulação dos atos administrativos e das decisões judiciais que lhes forem contrários. Em última análise, a reclamação constitucional serve à efetividade das súmulas vinculantes, mantendo a sua autoridade e integridade, ao permitir que o Supremo Tribunal Federal anule os atos que as violarem.

7.5.1.1 Reclamação constitucional como alternativa processual

Cumpra observar que a utilização do instrumento reclamatório não representa a via única a ser seguida por quem se achar prejudicado em decorrência de descumprimento da súmula vinculante. Trata-se, a rigor, de uma alternativa ou opção, colocada à disposição do interessado. É o que se percebe da última parte do comando contido no *caput* do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, segundo o qual “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*”.

Desse modo, se a súmula vinculante for violada pela prática de ato administrativo, o particular poderá se valer, além da reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal, de qualquer outro meio de impugnação, como um mandado de segurança, por exemplo, seguindo as normas processuais que determinam a competência jurisdicional para processar e julgar esse *writ*. Do mesmo modo, se o ato que descumpriu a súmula vinculante for uma decisão judicial, caberá o recurso para a instância superior, além da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

A partir da colocação do instrumento reclamatório como alternativa processual, e não como único meio de manter a integridade das súmulas vinculantes, o legislador permitiu que o Supremo Tribunal Federal não se tornasse o responsável exclusivo pelo sucesso de tais súmulas. Essa incumbência passou a ser compartilhada, em particular, com

as demais instâncias do Poder Judiciário, as quais deverão corrigir as decisões judiciais emanadas por órgãos de menor hierarquia, desde que em contrariedade com súmula vinculante. Além disso, busca-se contornar um novo congestionamento do Supremo Tribunal Federal, por conta de inúmeras reclamações constitucionais ajuizadas em razão de descumprimento de súmula vinculante.

Por tais motivos, acredita-se que foi feliz o legislador ao ampliar os meios de impugnação de atos contrários às súmulas vinculantes, concebendo a reclamação constitucional como apenas uma dessas alternativas, dentre outras que podem ser igualmente utilizadas, conforme critérios de conveniência e oportunidade do particular prejudicado.

7.5.1.2 Abrangência do “descumprimento” da súmula vinculante

Cumprir observar, primeiramente, que o artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal contemplou duas hipóteses de descumprimento da súmula vinculante, quais sejam, a emanção de ato *contrário* a ela e a sua *aplicação indevida*. Cuida-se de *ações* que infringem o conteúdo da súmula vinculante. Assim, são violações à súmula tanto quando se pratica ato (administrativo ou decisão judicial) que se antagoniza com a orientação jurídica nela fixada, como também quando ela é aplicada indevidamente a casos concretos (seja porque a súmula não seria aplicável ao caso e mesmo assim o foi, seja porque, embora aplicável ao caso, ela foi interpretada equivocadamente, resultando em uma solução jurídica inadequada).

A essas hipóteses de descumprimento da súmula vinculante, previstas em sede constitucional, a Lei n. 11.417/2006, em seu artigo 7º, acrescentou uma terceira: *negar vigência* à súmula vinculante. Assim, tanto uma *ação* quanto uma *omissão* constituem hipóteses de violação à súmula vinculante.

Poder-se-ia questionar a validade do artigo 7º supra, ao sustentar que ele ampliou indevidamente as hipóteses previstas em sede constitucional como configuradoras de descumprimento de súmula vinculante. Em outros termos, o texto constitucional fala

apenas em *contrariar* ou *aplicar indevidamente* uma súmula vinculante, e não em *negar-lhe vigência*. Todavia, entendimento dessa monta revela apego exagerado à literalidade do enunciado constitucional. O fundamental, em todos os casos, é que há uma transgressão à súmula vinculante. Não haveria sentido erguer toda uma jurisprudência constitucional, dotá-la de força obrigatória, e considerar como violação apenas as ações a ela contrárias, deixando de fora as omissões (igualmente contrárias).

Observe-se, ademais, que a edição de súmula vinculante supõe uma situação de grave insegurança jurídica e que causa repetição de processos idênticos. Ora, é para superar esse estado de incerteza e de imprevisão que o Supremo Tribunal Federal firma uma linha interpretativa a partir de vários casos concretos, impondo que ela deve ser acolhida pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração pública. Assim, a *não-aplicação* igualmente representa uma forma de burlar o entendimento constitucional consolidado jurisprudencialmente e resumido em enunciado sumular. Diante disso, seria incongruente reputar como forma única de contrariar as súmulas vinculantes a prática de atos *comissivos*, excluindo-se todas omissões que contra elas se voltarem. Entende-se, por isso, que a inserção dessa nova hipótese (*negar vigência*) representa mais um esclarecimento do que propriamente uma inovação quanto aos casos de descumprimento de súmula.

Defende-se, com isso, uma interpretação abrangente, mas em sintonia com a teleologia da própria súmula vinculante, no sentido de considerar toda e qualquer espécie de descumprimento ou contrariedade à súmula vinculante como hipóteses de sua violação³¹⁸. Isso significa, em última análise, que o responsável pela aplicação da súmula vinculante deverá adotar a mesma interpretação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, do contrário, verifica-se a sua violação. Dessa maneira, revela-se desnecessário o esforço de delimitar o campo de cada uma das referidas hipóteses (*contrariedade, aplicação indevida e negativa de vigência*), podendo-se, sem prejuízo algum, considerar que todo modo de descumprimento de súmula vinculante enseja o

³¹⁸ Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 77; MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 398.

ajuizamento de reclamação constitucional com a finalidade de corrigir a conduta discrepante.

7.5.1.3 A relevância da distinção entre ato administrativo e ato da Administração para fins de cabimento de reclamação constitucional

É mister atentar para o fato de que o artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal refere-se a *ato administrativo* como elemento violador da súmula vinculante. Essa observação é relevante porque a Lei n. 11.417/2006, em seu artigo 7º, parágrafo 1º, utiliza a expressão *ato da administração*. No âmbito doutrinário, há considerável diferença entre atos administrativos e atos da Administração pública.

De fato, atos da Administração são todos aqueles oriundos dos órgãos da Administração pública, direta e indireta. Nesse conjunto, incluem-se os atos regidos pelo direito privado, os atos materiais (atos administrativos), os atos normativos (regulamentos e instruções normativas, por exemplo), os atos bilaterais (contratos administrativos, por exemplo), os atos políticos ou de governo e os atos administrativos propriamente.³¹⁹

Os atos administrativos, por outro lado, são definidos como atos jurídicos, individuais e concretos, expedidos pelo Estado, ou por quem o represente, sob a égide do regime jurídico-administrativo. Nessa acepção, o ato administrativo não depende dos órgãos que integram a Administração pública (órgãos do Poder Executivo), podendo ser praticados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, quando do exercício de função administrativa (punição de um servidor público pertencente aos seus quadros, por exemplo). Em síntese, nem todo ato da Administração é considerado ato administrativo, nem todo ato administrativo provém da Administração pública.³²⁰

³¹⁹ Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 229-230; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 176.

³²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 251.

Sendo assim, mister promover interpretação corretiva do enunciado constante do artigo 7º, parágrafo 1º da Lei n. 11.417/2006, a fim de compatibilizá-lo com o preceito constitucional do artigo 103-A, isto é, de considerar apenas os atos administrativos como possíveis elementos violadores de súmulas vinculantes. Trata-se, aqui, do manejo da técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de admitir apenas os atos administrativos e não todo e qualquer ato proveniente dos órgãos da Administração pública.³²¹

7.5.1.4 Decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação constitucional

Como se tem afirmado, a reclamação constitucional, quando referida à súmula vinculante, tem a finalidade de manter a autoridade da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal abalada por ato administrativo ou decisão judicial. Assim, em se reconhecendo um descompasso entre tais atos e a súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal julgará procedente a reclamação impetrada e “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”.

A primeira e relevante consequência é a anulação (ou cassação) dos atos destoantes da súmula vinculante. O Supremo Tribunal Federal, então, proferirá decisão eliminando-os do ordenamento jurídico. Diante disso, satisfaz-se uma relevante condição de efetividade da própria súmula vinculante, qual seja, a possibilidade de anulação dos atos que a violem. De nada adiantaria atribuir efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal se não se pudessem extinguir os atos administrativos e as decisões judiciais praticados em desacordo com elas. Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a decisão proferida em reclamação constitucional possui uma eficácia redobrada, uma vez que, além de ser eficaz para ela própria (já que anula ou cassa os atos reclamados), ela serve à eficácia da súmula vinculante que fora violada, assegurando a sua autoridade.³²²

³²¹ Nesse sentido, ver: TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 87.

³²² Nesse sentido, MORATO, Leonardo Lins, *A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante*, cit., p. 399.

Cumpra observar que, através da reclamação constitucional, quando o Supremo Tribunal Federal cassa uma decisão judicial ou anula ato administrativo, ele não produzirá atos em substituição àqueles que foram por ele cassados ou anulados. Assim, por exemplo, se alguém impetrar reclamação constitucional impugnando decisão judicial que supostamente violou uma súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal se limitará a cassar essa decisão, determinando que a autoridade reclamada profira outra em seu lugar. Assim, o Supremo Tribunal Federal não julgará o caso concreto em si no qual fora proferida a decisão contrária à súmula. O julgamento do caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação, ainda que sob o pretexto de violação à súmula vinculante, representaria uma supressão das instâncias inferiores, violando o princípio do juiz natural. Em outros termos, não será o Supremo Tribunal Federal o responsável para proferir a decisão judicial ou praticar ato administrativo de acordo com a súmula vinculante. A reclamação tem natureza de remédio processual correccional, não implicando na substituição, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dos atos nela impugnados, mas apenas em sua cassação³²³. A decisão nela proferida é de cunho mandamental, já que impõe que as autoridades reclamadas emanem novos atos, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

É isso que se depreende da última parte do artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal, ao prescrever que julgando procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal “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”. Por essa razão, serão as próprias autoridades administrativa e judiciária reclamadas que irão produzir os novos atos, só que, dessa vez, em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal na reclamação constitucional (seja pela aplicação da súmula vinculante, seja pelo seu afastamento, diante de certa situação concreta).

Vale apontar certa falha na redação do referido enunciado normativo. É que, na parte acima transcrita, ele apenas fala que o Supremo Tribunal Federal “determinará que outra seja proferida”, dando azo ao entendimento de que ele se aplica apenas às “decisões

³²³ “A reclamação visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e garantir a autoridade de suas decisões, motivo pelo qual a decisão proferida em reclamação não substitui a decisão recorrida como nos recursos, mas apenas cassa o ato atacado. A reclamação tem natureza de remédio processual correccional, de função corregedora.” (STF – RCL n. 909 AGR, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 09.09.2004, DJU, de 27.05.2005).

judiciais”, e não aos atos administrativos igualmente extintos em sede reclamatória. Em outras palavras, ao utilizar o termo “proferida”, o enunciado fez referência apenas às decisões judiciais, de modo que o Supremo Tribunal Federal cassaria a decisão contrária à súmula vinculante e determinaria que outra (decisão) fosse proferida em seu lugar, pelo juízo competente para tanto, mas o mesmo não ocorreria se se tratasse de ato administrativo. No entanto, a atecnia legislativa não deve levar à conclusão de que a mesma consequência, adotada em relação às decisões judiciais contrárias às súmulas vinculantes, não se aplicaria aos atos administrativos anulados pelo Supremo Tribunal Federal em reclamação. De fato, cuida-se de situações análogas, em que o Supremo Tribunal Federal, no bojo do instrumento correcional da reclamação, extingue atos que violaram o teor de súmula vinculante. Dessa maneira, a atuação do Supremo Tribunal Federal nessa sede restringe-se a restaurar a autoridade de sua jurisprudência obrigatória, invalidando os atos (decisões judiciais e atos administrativos) que se afastaram de sua orientação, sem, contudo, praticar os atos “corretos”. Por isso, a despeito da lacuna no enunciado constitucional, deve-se adotar, para os atos administrativos, a mesma solução dada às decisões judiciais, ou seja, o Supremo Tribunal Federal apenas extingue o ato contrário à súmula vinculante, determinando que outro seja produzido em seu lugar pela autoridade responsável. Assim, mantém-se a coerência com o regime geral das súmulas vinculantes e com a natureza mandamental e correcional da reclamação.

Por fim, urge destacar a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em reclamação, conceder decisões liminares. A esse respeito, a Lei n. 11.417/2006 foi silente. No entanto, essa omissão não impede que a corte emane decisões liminares em reclamação. Pode-se invocar dois fundamentos jurídicos para comprovar o acerto da afirmação. Em primeiro lugar, a Lei n. 8.038/90, na parte que trata da reclamação, expressamente estabelece que o relator “ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado” (art. 14, II). A partir desse enunciado, o Supremo Tribunal Federal poderia, em decisão liminar, adotar qualquer uma dessas soluções para evitar a ocorrência de prejuízos a que o reclamante estiver sujeito, ou a suspensão do processo, ou a suspensão do ato questionado. Em segundo lugar, a possibilidade de concessão de liminar em reclamação se apóia no denominado “poder geral de cautela”, que é ínsito à função jurisdicional³²⁴. Nesse espectro, o Supremo Tribunal

³²⁴ Nesse sentido, MORATO, Leonardo Lins, A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante, cit., p. 399.

Federal levaria em conta o próprio resultado útil da causa em julgamento, evitando a consumação de um dano irreparável para o impetrante. Além disso, é igualmente aplicável, em reclamação constitucional, o artigo 273 do Código de Processo Civil, pelo que se permite ao Supremo Tribunal Federal conceder antecipação de tutela, atendidos os requisitos ali fixados.

7.5.1.5 Legitimidade ativa na reclamação constitucional

No que diz respeito aos legitimados ativos para impetrar reclamação constitucional com a finalidade de manter a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal dotadas de efeito vinculante, verifica-se significativa alteração de entendimento por parte da corte. Nas decisões vinculantes proferidas em sede de controle concentrado de normas, o Supremo Tribunal Federal superou entendimento restritivo, segundo o qual apenas aqueles que participaram das ações diretas poderiam se valer do instrumento reclamatório³²⁵. Nesse sentido, passou a adotar interpretação mais abrangente quanto ao sentido de “parte interessada” constante do artigo 13 da Lei n. 8.038/90³²⁶. Assim, qualquer pessoa ou entidade, legitimado ativo de ação direta ou terceiros, poderia ajuizar reclamação constitucional, quando se comprovasse prejuízo em razão de violação à decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante. Discutindo essa problemática em questão de ordem, sustentou o Ministro Maurício Corrêa que:

O conceito de parte interessada, a que aludem os artigos 13 da Lei n. 8.038/90 e 156 do RISTF, ganha abrangência idêntica ao dos efeitos do julgado a ser preservado, alcançando todos aqueles que comprovem prejuízo em razão de pronunciamento dos demais órgãos do Poder Judiciário, desde que manifestamente contrário ao julgamento da corte.³²⁷

Diante disso, não parece possível sustentar algo diverso no que diz respeito às súmulas vinculantes. Pelo caráter geral que ostentam, qualquer pessoa que tiver sua esfera jurídica violada em decorrência de decisão judicial ou ato administrativo contrários à

³²⁵ Esse entendimento antigo pode ser verificado em: STF – RCL n. 385 QO/MA, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.03.1992, *DJU*, de 18.6.1993; STF – RCL n. 447/PE, rel. Min. Sidney Sanches, j. 16.02.1995, *DJU*, de 31.03.1995.

³²⁶ “Artigo 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

³²⁷ STF – RCL n. 1.880 AGR/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 04.06.2004.

orientação contida na súmula poderá impetrar a ação reclamationária com o objetivo de fulminar tais atos. Confere-se, portanto, ampla legitimidade ativa para se valer da reclamação constitucional, tendo como objetivo cassar ou anular os atos violadores da súmula vinculante.

André Ramos Tavares chama a atenção no sentido de que essa legitimidade ativa ampla para o manejo a reclamação constitucional poderia provocar uma indesejável sobrecarga no Supremo Tribunal Federal³²⁸. Essa intranqüilidade já era sentida pela corte há bastante tempo, só que tendo em vista o número de reclamações ajuizadas contra atos que descumprissem suas decisões proferidas em processo de fiscalização abstrata de normas. A esse respeito, quando sustentou a posição antes mencionada, sobre a ampliação do conceito de “parte interessada” para fins de ajuizamento de reclamação, o Ministro Maurício Corrêa observou que ela “gera natural preocupação com possível sobrecarga da já congestionada pauta deste Plenário. Trata-se de legítimo cuidado do Tribunal para não inviabilizar a sua função maior de guardião do ordenamento constitucional”.³²⁹

Vê-se então que se está diante do mesmo problema, só que, desta vez, referente às súmulas vinculantes. Diante desse cenário, vislumbra-se que a crise numérica de recursos no âmbito do Supremo Tribunal Federal poderia ser substituída por uma crise numérica de reclamações constitucionais, tendo como pressuposto o descumprimento de súmulas vinculantes, em especial pelos diversos órgãos da Administração pública.³³⁰

No afã de conter esse novo congestionamento, a Lei n. 11.417/2006 estabeleceu que a utilização da reclamação constitucional, quando o descumprimento da súmula vinculante for proveniente da Administração pública, apenas será admitida após o esgotamento das vias administrativas (art. 7º, § 1º). Desse modo, referido diploma legal previu como requisito de admissibilidade da reclamação, na hipótese em análise, o exaurimento da esfera administrativa pelo particular prejudicado. É o que se passa a analisar.

³²⁸ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417*, de 19.12.2006, cit., p. 80-81.

³²⁹ STF – RCL n. 1.880 AGR/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU*, de 04.06.2004.

³³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer, *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*, cit., p. 373.

7.5.1.6 Necessidade de esgotamento da via administrativa e reclamação constitucional

A exigência em tela vem inscrita no parágrafo 1º do artigo 7º da Lei n. 11.417/2006, nos seguintes termos: “Contra omissão ou ato da Administração pública³³¹, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.”

Por esgotamento da via administrativa deve-se entender que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração pública. Nesse sentido, caso algum agente administrativo vier a emanar ato que viola súmula vinculante, o prejudicado deve, primeiramente, caso queira impugná-lo mediante reclamação constitucional no Supremo Tribunal Federal, questionar esse ato na própria esfera administrativa. Apenas quando inexistirem meios de continuar o questionamento nessa seara, exaurindo, portanto, a instância administrativa, é que o particular poderá se valer da reclamação constitucional.³³²

Entende-se que foi louvável o estabelecimento desse requisito de admissibilidade para a reclamação constitucional. Realmente, se em razão da prática de cada ato administrativo que descumprisse de algum modo certa súmula vinculante, já se pudesse, desde já, ingressar diretamente no Supremo Tribunal Federal através da reclamação

³³¹ Ver o item 7.5.1.3.

³³² A Lei n. 11.417/2006 (arts. 8º e 9º), alterando a Lei n. 9.784, que regula o processo administrativo em âmbito federal, disciplinou o rito de impugnação de decisões administrativas contrárias à súmula vinculante. Como se sabe, a impugnação se dirige, em primeiro lugar, ao agente responsável pela revisão do ato, oferecendo-lhe a oportunidade de proceder a um juízo de retratação ou de reconsideração. Pois bem, de acordo com o artigo 8º da Lei n. 11.417/2006, quando o recorrente alegar que a decisão administrativa é contrária a súmula vinculante, a autoridade que prolatou essa decisão, caso não a reconsidere, deverá justificar as razões pelas quais a súmula vinculante foi ou não aplicada, conforme o caso. Assim, se o agente administrativo decidiu pela não aplicação da súmula vinculante, essa autoridade deverá expor os motivos que o levaram a entender que o caso sob o seu exame não se enquadrava na hipótese normativa da súmula. Isso demandará dessa autoridade o conhecimento adequado da jurisprudência constitucional sintetizada na súmula vinculante, para que ele possa justificar satisfatoriamente a manutenção da 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. O mesmo ônus argumentativo se impõe no caso de a decisão ter sido prolatada no sentido da aplicação da súmula vinculante, ou seja, a autoridade administrativa, caso não reconsidere sua decisão, deverá justificar a incidência da súmula vinculante para aquele caso concreto. Tanto na primeira, quanto na segunda situação, a autoridade administrativa deverá deixar claro o porquê da aplicação ou não aplicação da súmula vinculante ao caso concreto. Em seguida, supondo o agente administrativo ter mantido a sua decisão, é que o processo será apreciado pela autoridade administrativa hierarquicamente superior. Essa, ao julgar o recurso, deverá igualmente explicitar as razões pelas quais aplicou ou deixou de aplicar a súmula ao caso concreto. O mesmo ônus argumentativo, portanto, estende-se à autoridade administrativa revisora (hierarquicamente superior).

constitucional, não custaria acreditar que uma desastrosa enxurrada de reclamações poderia inviabilizar as atividades da corte. Essa situação representaria uma considerável frustração de uma das principais metas da “Reforma do Judiciário”, de um modo geral, e da súmula vinculante, em particular, qual seja, a diminuição do volume de processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Assim, a pleora de ações e recursos nessa corte seria simplesmente substituída por uma nova: a de reclamações constitucionais. Daí ter sido adequada a necessidade de exaurimento da esfera administrativa para se poder impetrar reclamação constitucional, em caso de descumprimento da súmula vinculante por ato administrativo.

Seria possível questionar o requisito de admissibilidade em tela no sentido de que ele se contrapõe ao princípio do acesso à justiça. Todavia, não se entende desse modo. Não se deve confundir acesso aos órgãos jurisdicionais pelos cidadãos, para fins de obtenção de uma prestação jurisdicional concreta, com acesso direto e imediato ao Supremo Tribunal Federal, através de reclamação constitucional.³³³

Some-se a essa argumentação o fato de que a reclamação constitucional é apenas uma *alternativa* processual, e não a via única de impugnação dos atos administrativos violadores da súmula vinculante. Dessa maneira, o particular prejudicado pode perfeitamente se utilizar de ações nas instâncias judiciais ordinárias para anular determinado ato administrativo. Então, ele não está tolhido quanto ao exercício do seu direito de ação.

Além disso, também não se deve sustentar que a reclamação constitucional seria mais eficaz que outras ações, em razão da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal poder conceder liminar, suspendendo os efeitos do ato administrativo questionado. De fato, considerando que o “poder geral de cautela” é inerente à função jurisdicional, qualquer órgão jurisdicional pode dela se utilizar, quando houver necessidade de evitar lesão de difícil reparação aos jurisdicionados. Então, não se vislumbra nenhuma ofensa ao princípio do acesso à justiça.

³³³ Nesse sentido, aduz André Ramos Tavares: “(...) é preciso reafirmar que o acesso ‘ilimitado’ ao Judiciário não pode ser confundido com acesso ‘ilimitado’ ao Supremo Tribunal Federal enquanto Justiça Constitucional *concentrada* ou *final*.” (*Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 85).

Com isso, de um lado, o particular não se torna refém da reclamação constitucional, com a necessidade prévia de exaurir a instância administrativa, uma vez que lhe é franqueado provocar as demais instâncias do Poder Judiciário para anular o ato administrativo viciado, e, por outro lado, atenua-se o risco de um novo acúmulo de ações no Supremo Tribunal Federal.

7.6 Responsabilização pessoal pelo descumprimento de súmula vinculante

7.6.1 Responsabilização do juiz

A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi omissa no que tange à responsabilização do juiz que descumprir súmula vinculante. O mesmo se deu com a Lei n. 11.417/2006. Percebe-se, com isso, uma tentativa de excluir os órgãos do Poder Judiciário de qualquer espécie de responsabilização pessoal nas hipóteses de violação das súmulas às quais devem obediência. Desse modo, em caso de descumprimento de súmula vinculante por tais órgãos, a única consequência jurídica seria a cassação de tais atos pelo Supremo Tribunal Federal, através de reclamação constitucional, ou pelas instâncias superiores, através de recursos ou outros meios de impugnação. No entanto, a mera cassação de decisões contrárias às súmulas vinculantes, sem qualquer tipo de responsabilização pessoal, não impede que o magistrado persista na recalcitrância. Essa prática, além de revelar indesejável insurgência contra a jurisprudência pacífica do órgão maior da jurisdição constitucional, também prejudica o jurisdicionado, que permanece à mercê da “loteria judiciária”.

Todavia, é possível vislumbrar no direito brasileiro meios sancionatórios aplicáveis aos magistrados, em caso de desrespeito a decisões dotadas de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal. Observe-se que tais sanções não provêm do descumprimento da súmula vinculante unicamente, mas de toda e qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal com esse efeito. Assim, seriam consequências relacionadas ao efeito vinculante, genericamente considerado.

Na esfera cível, há quem sustente que o magistrado responderia por perdas e danos quando procedesse com dolo ou fraude, no exercício de suas funções (art. 133, I do CPC)³³⁴. No caso das súmulas vinculantes, não bastaria, para configurar essa responsabilização, o seu simples descumprimento. Seria necessária a intenção de o magistrado causar dano a alguém, mediante o descumprimento da orientação contida na súmula vinculante. A situação ora cogitada, ressalte-se, leva em conta a contrariedade da atividade do juiz perante a súmula vinculante, ou seja, considera o momento da aplicação do enunciado sumular.

Além disso, é possível sustentar que estaria configurada a responsabilização do magistrado em outra situação. Caso o particular sofra algum prejuízo em decorrência do descumprimento de súmula vinculante pelo juiz, poderá exigir reparação do Estado pelos danos sofridos (responsabilidade objetiva) que, se condenado, terá seu direito de regresso contra o magistrado nos casos de culpa ou dolo (art. 37, § 6º). Assim, imagine-se que certo magistrado tenha proferido decisão contrariando súmula vinculante, deixando de aplicá-la quando essa aplicação seria devida. Dessa decisão, o prejudicado impetrou reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal que, após julgá-la procedente, cassou a decisão impugnada, determinando que o juiz proferisse outra em seu lugar, só que, agora, aplicando a súmula vinculante. Suponha-se que o magistrado demonstra resistência e não aplica a súmula vinculante ao caso concreto, ao contrário do que havia determinado o Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, convém ressaltar, o magistrado não apenas deixou de aplicar a súmula vinculante, como também descumpriu decisão do Supremo Tribunal Federal em reclamação constitucional, cuja finalidade seria precisamente manter a autoridade da súmula, infringindo duplamente orientações advindas da mais alta corte. Aqui, entende-se que está mais claramente caracterizada a responsabilização pessoal do juiz, caso o particular venha a suportar algum prejuízo por força de sua resistência, porque, ao contrário da súmula vinculante, que encerra uma orientação genérica e abstrata, a decisão em reclamação se volta diretamente para a autoridade reclamada, não subsistindo mais dúvidas quanto à orientação a ser seguida.

³³⁴ Ver: MENDES, Gilmar Ferreira, Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, cit., p. 105; LEAL, Roger Stiefelmann, *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*, cit., p. 168; TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*, cit., p. 87-88.

Portanto, o direito pátrio vigente permite concluir pela responsabilização pessoal do juiz, seja com fulcro no artigo 133, I do Código de Processo Civil, seja através do direito de regresso do Estado, com base no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Na esfera administrativa, o magistrado também poderá sofrer sanções de natureza disciplinar, sobretudo na hipótese antes cogitada, em que há o descumprimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação, que cassara decisão judicial contrária à súmula vinculante. Acredita-se que o prejudicado poderá representar o magistrado perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao qual caberá apurar a violação de dever funcional³³⁵, aplicando-lhe as sanções previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35/79).³³⁶

Poder-se-ia sustentar que quando o magistrado não acata a decisão do Supremo Tribunal Federal em reclamação, que determinara aplicar súmula vinculante, haveria incidência do crime de desobediência (art. 330 do CP). Todavia, há fortes razões para se afastar essa responsabilização de natureza penal. É que, seguindo o princípio da intervenção mínima no direito penal, tem-se entendido que, quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê responsabilização penal, não se configura crime de desobediência³³⁷. Portanto, já que não existe previsão legal expressa no sentido de configurar crime de desobediência em relação ao magistrado que descumpra decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação, então fica afasta a responsabilização penal.

³³⁵ Constituição Federal: “Artigo 103-B - (...) § 4º - Compete ao Conselho [Nacional de Justiça] o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (...) III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do Poder Público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;”

³³⁶ Ver o Capítulo II da Lei Complementar n. 35/79.

³³⁷ Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4, p. 459 ss.; STJ – HC n. 22.721/SP, rel. Min. Felix Fisher, *DJU*, de 30.06.2003; STJ – HC n. 16.940, rel. Min. Jorge Scartezini, *DJU*, de 18.11.2002.

7.6.2 Responsabilização do agente administrativo

Em relação ao agente administrativo, a Lei n. 11.417/2006 deixou evidente a possibilidade de responsabilização nas esferas cível, administrativa e penal. Em seu artigo 9º, que acrescentou o artigo 64-B à Lei n. 9.784/99, está estabelecido que:

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.

Como se depreende desse enunciado, uma vez julgada procedente a reclamação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de violação da súmula vinculante por agente administrativo (nesse caso, o responsável pela apreciação última do recurso administrativo), ele deverá, a partir desse momento, adotar a orientação fixada pela corte nos outros casos semelhantes que vier a apreciar. Cuida-se de uma espécie de “efeito transcendente” da decisão em sede de reclamação constitucional.³³⁸

Embora se considere que a inobservância da súmula vinculante já representa violação de dever funcional, a lei julgou ser mais grave ainda o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal em reclamação constitucional, decisão essa que visa precisamente assegurar a integridade da súmula. Desse modo, se a própria decisão da corte, vocacionada à efetividade da súmula vinculante, não vem a ser acatada pelo agente administrativo, então ele há de arcar com sua responsabilização nas esferas cível, penal e administrativa.

No que diz respeito à responsabilização civil, igualmente incide o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, permitindo ao Estado exercer seu direito de regresso contra o agente administrativo que provocou dano a terceiros.

Também poderá ser responsabilizado administrativamente, submetendo-se às sanções disciplinares previstas em lei.

³³⁸ TAVARES, André Ramos, *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417*, de 19.12.2006, cit., p. 96.

Por fim, o agente administrativo poderá praticar crime de desobediência. Nesse caso, a própria Lei n. 11.417/2006 previu a responsabilização penal, diferentemente do que ocorreu em relação aos magistrados. Então, possui plena aplicabilidade a responsabilização penal para os agentes administrativos que descumprirem decisão do Supremo Tribunal Federal em reclamação constitucional, que visa reforçar a eficácia da súmula vinculante.

Espera-se que a possibilidade de tais responsabilizações funcione como elemento de inibição sobre os agentes administrativos, evitando que eles continuem decidindo de forma contrária ao fixado em súmula vinculante. A adequada aplicação da súmula, em seara administrativa, contribui, de certo, para uma maior efetividade dos direitos já consagrados jurisprudencialmente, evitando novas demandas judiciais pelos cidadãos e diminuindo a insegurança jurídica.

8 CONCLUSÃO

Após o estudo das súmulas vinculantes, faz-se necessário empreender um esforço de concisão, destacando as idéias principais defendidas ao longo deste trabalho.

1. As súmulas vinculantes consubstanciam uma jurisprudência constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal e é dotada de obrigatoriedade para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração pública, em todos os níveis da Federação. Essa jurisprudência constitucional representa uma específica forma de concretização do texto da Constituição, erguida a partir de decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes.

2. Como fio condutor de todo o trabalho, tem-se situado a súmula vinculante no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, uma vez que seu conteúdo deve ser necessariamente matéria constitucional e ela ser editada exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, considerando que a concretização da Constituição é realizada por diversos órgãos jurisdicionais diferentes, o acatamento da jurisprudência constitucional – em que se inserem as súmulas – consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, como órgão de *fechamento* de tal jurisdição, assume considerável relevo na superação de interpretações antagônicas sobre o mesmo tema jurídico-constitucional.

3. Através das súmulas vinculantes, almeja-se conferir unidade à interpretação jurídico-constitucional, evitando pronunciamentos distintos para uma mesma questão constitucional (“jurisprudência lotérica”). Nessa perspectiva, as súmulas servem à aplicação isonômica do direito, fixando uma diretriz hermenêutica a ser seguida pelas demais instâncias, em situações análogas.

4. As súmulas vinculantes estabelecem uma conexão entre a jurisdição constitucional difuso-concreta, já que demandam a existência de uma controvérsia atual entre órgãos do Poder Judiciário, ou entre eles e a Administração pública, e reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal em um mesmo sentido, e a concentrado-abstrata,

em razão do efeito vinculante. Em outros termos, ela promove a generalização, com força obrigatória, da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, elas contribuem para um maior entrosamento da jurisdição difuso-concreta com a concentrado-abstracta, atenuando a conhecida tensão dialética que caracteriza a convivência desses modelos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 8, p. 23-38, 1990.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la Constitución e jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Tecnos, 1998.

ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: CONGRESSO NACIONAL DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 3., dez. 2006, São Paulo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. São Paulo: Noesis, 2006. p. 323-342.

AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANZON, Adele. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*. Milano: Giuffrè, 1995. (Studi e Materiali di Diritto Costituzionale, 4).

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 26, maio, p. 64-73, maio 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira *O direito: introdução e teoria geral*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Tecnos, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

BARKER, Robert S. “Eu juro”: uma perspectiva histórica da indicação, aprovação e nomeação de juízes à Suprema Corte dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijdp/barker.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2006.

BARROS, Sérgio Resende. O Senado e o controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 163-180, jan./jun. 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela Emenda Constitucional n. 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*. Madrid: Alianza, 1998. (El Libro Universitario. Ensayo, 72).

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos do Direito).

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, Instituto de Estudos Avançados da USP, v. 18, n. 51, p. 127-159, maio/ago. 2004.

_____. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39-47.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. Prefácio de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 31-51.

CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. (Estudios Constitucionales).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 99, n. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Necesidad e legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis (Org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Traducción de Luis Aguiar de Luque; Maria Gracia Rubio de Casas. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599-649.

CARDOZO, Benjamin Nathan. *A natureza do processo judicial*. Tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção Justiça e Direito).

CARRIÓ, Genaro Ruben. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. corr. y aum. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 23, n. 92, p. 71-86, out./dez. 1998.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Nota breve sobre o efeito vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 33, n.129, p. 5-16, jan./mar. 1996.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, 2).

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 100, p. 166- 185, out./dez. 2000.

_____. Súmulas vinculantes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 347, p. 51-65, jul./set. 1999.

DINIZ, Antero Alves Monteiro. A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialético entre tribunal constitucional e os outros tribunais. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10. aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 199-209.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. (Série Jurídica Max Limonad, n. 1).

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 11, p. 345-359, 2000.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional: 1940-1965*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Reimpr. Madrid: Alianza, 1993. (Alianza Universidad Textos 86).

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes e independência judicial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 739, p. 11-42, maio 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Sobre a chamada produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado 'efeito vinculante'. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 16, p. 31-38, 1996.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introducción y traducción de Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (Colección Estudios Constitucionales).

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KIRCHMANN, Julio Germán von. El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von et al. *La ciencia del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1949. p. 249-286. (Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social)

LAMY, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Reflexões sobre as súmulas vinculantes. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords.). *Reforma do poder judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 296-318.

LAVILLA, Landelino. Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Org.). *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 53-68.

LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, n. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

_____. Atualidade do Supremo Tribunal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 61, v. 208, p. 15-18, out./dez. 1964.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. A abertura da Constituição em face dos princípios constitucionais. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 136-164.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 3. reimpr. Barcelona: Ariel, 1983. (Ariel Ciencia Política).

LIMA, Ronaldo Cunha. *Efeito vinculante*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 1999.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante e a EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 685-719.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo. Reimpr. fac-sim. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Serie Arquivos do Ministério da Justiça).

MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins; tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 33-126.

MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antigo y moderno*. Traducción de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Coleccion Estudios Constitucionales).

MELO FILHO, Álvaro. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 22, n. 87, p. 103-109, jul./set. 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 51-106.

MENDES, Gilmar Ferreira; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (Coords.). *Reforma do judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 327- 375.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 4. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 2.

_____. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça constitucional: garantia da Constituição e controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v. 1.

MORATO, Leonardo Lins. A reclamação e a sua finalidade para impor o respeito à súmula vinculante. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 391-413.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Poder judiciário e seu papel na reforma do Estado: o controle jurisdicional dos atos administrativos e a súmula vinculante. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 29-32, abr./jun. 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Antonio Castanheira. *O problema da constitucionalidade dos assentos: comentário ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malhieros, 2001. p. 354-376.

_____. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos Tribunais Superiores. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 37, n. 148, p. 141-165, out./dez. 2000.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes: uma primeira análise. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 269-282.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofia del Derecho, n. 14, p. 169-194, 1993.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 4. reimpr. Madrid: Ariel, 1995.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 9.868 e 9.882/99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PERELMAN, Chäim. *Lógica jurídica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREZ TREMPES, Pablo. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), n. 1, p. 29-39, jan./jul. 2003.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PRUDENTE, Antônio Souza. Súmula vinculante e a tutela do controle difuso de constitucionalidade. *Gênese: Revista de Direito Processual Civil*, ano 9, n. 34, p. 655-664, out./dez. 2004.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. *A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RE, Edward D. “Stare decisis”. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 83, v. 702, p. 7-13, abril, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. aum. México: Porrúa, 1973.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan./mar. 1997.

RODRIGUES, Francisco Sérgio Bocamino. Súmula vinculante: o que temos hoje? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 15, p. 26-31, jun. 2004.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Legalismo e ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. (Coleção Universitária de Ciências Humanas, 9).

SAMPAIO, Nelson de Souza. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 5-20, jul./set. 1985.

SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho, n. 23, p. 161-195, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentos sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-394.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 2. reimpr. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1996.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte burguesa*. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos; prefácio de José Ribas Vieira; tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. (Coleção Clássicos do Direito).

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 13/15, p. 105-171, dez./dez. 1978/1979.

SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre a súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 557-565, abr./jun. 1998.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim).

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. Tradução de Peter Naumann. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 505-515.

STRECK, Lenio Luis. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Coordenação de Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 48/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 1).

_____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: desastre ou solução? *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 25, n. 98, p. 295-306, abr./jun. 2000.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Manuale de di diritto costituzionale: i sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1988. v. 1.

_____. La corte constitucional y la interpretación de la Constitución. In: LÓPEZ PINA, Antonio (Coord.). *División de poderes e interpretacion: hacia una teoria de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 161-178.

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

APÊNDICE

No dia 30 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal aprovou os enunciados que constituem as três primeiras súmulas com efeito vinculante no Brasil.

Súmula n. 1 - Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar n. 110/2001.

Súmula n. 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. 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.

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](#)