

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**SÚMULA VINCULANTE: LEGITIMIDADE, PERTINÊNCIA E
EFICÁCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

CAROLINA SOUZA CORRÊA

RIO DE JANEIRO

2008

CAROLINA SOUZA CORRÊA

**SÚMULA VINCULANTE: LEGITIMIDADE, PERTINÊNCIA E
EFICÁCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Enzo Bello

RIO DE JANEIRO

2008

Corrêa, Carolina Souza.

Súmula Vinculante: legitimidade, pertinência e eficácia na ordem constitucional brasileira/ Carolina Souza Corrêa. – 2008.
64 f.

Orientador: Enzo Bello.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Econômicas e Jurídicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: 63-64.

1. Súmula vinculante - Monografias. 2. Efeito vinculante. I. Bello, Enzo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Econômicas e Jurídicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.205

CAROLINA SOUZA CORRÊA

**SÚMULA VINCULANTE: LEGITIMIDADE, PERTINÊNCIA E
EFICÁCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

RESUMO

CORRÊA, Carolina S. *Súmula Vinculante: legitimidade, pertinência e eficácia na ordem constitucional brasileira*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisa-se a aplicação do efeito vinculante nas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para uma melhor abordagem do tema, a primeira fase ata-se ao estudo do controle de constitucionalidade, seus fundamentos, sistemas e métodos de aplicação. Posteriormente, aborda-se a legitimidade do efeito vinculante, através da análise de seus princípios legitimadores. A última parte dedica-se ao estudo da vinculação no Brasil e das súmulas vinculantes já editadas, além das críticas que são feitas ao instituto.

Palavras-Chave: Súmula Vinculante; Controle de Constitucionalidade; Legitimidade; Eficácia; Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

CORRÊA, Carolina S. *Súmula Vinculante: legitimidade, pertinência e eficácia na ordem constitucional brasileira*. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the binding effect on judicial review decisions. For a better approach, the first stage is dedicated to the study of judicial review, its foundations, systems and methods of implementation. Later, the paper analyses the legitimacy of binding precedents, analysing its principles. The last part is devoted to the survey of stare decisis implementation in Brazil and the binding precedents that had already been approved, in addition to the criticisms that are made to the institute.

Keywords: Bindind Precedents; Stare Decisis; Judicial Review; Legitimacy; Effectiveness.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
2.1 O controle de constitucionalidade	11
2.2 Sistemas de controle	12
2.3 Modos de exercício do controle judicial	13
2.3.1 <u>O controle concentrado</u>	14
2.3.1.1 <i>ADIN</i>	15
2.3.1.2 <i>ADIN por omissão</i>	17
2.3.1.3 <i>Mandado de injunção</i>	17
2.3.1.4 <i>ADC</i>	18
2.3.1.5 <i>ADIN interventiva</i>	19
2.3.1.6 <i>ADPF</i>	19
2.3.2 <u>O controle difuso</u>	20
2.4 O sistema brasileiro	21
3 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	24
3.1 O modelo americano	24
3.2 O controle difuso no Brasil	26
4 A LEGITIMIDADE DO EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	31
4.1 O Estado Democrático de Direito e a legitimidade do controle de constitucionalidade	31
4.2 O efeito vinculante	36
4.2.1 <u>Os princípios legitimadores do efeito vinculante</u>	40
4.2.1.1 <i>O princípio da legalidade</i>	40
4.2.1.2 <i>O princípio da igualdade</i>	42
4.2.1.3 <i>O princípio democrático</i>	43
5 SÚMULA VINCULANTE	45
5.1 A vinculação no Brasil	45
5.1.1 <u>Limites do efeito vinculante</u>	46
5.2 A súmula vinculante e sua regulamentação	48
5.3 Críticas à súmula vinculante	50
5.4 Súmulas vinculantes já editadas	53

5.4.1 <u>Súmula vinculante nº 1</u>	54
5.4.2 <u>Súmula vinculante nº 2</u>	55
5.4.3 <u>Súmula vinculante nº 3</u>	56
5.4.4 <u>Súmula vinculante nº 4</u>	57
5.4.5 <u>Súmula vinculante nº 5</u>	57
5.4.6 <u>Súmula vinculante nº 6</u>	59
5.4.7 <u>Súmula vinculante nº 7</u>	60
5.4.8 <u>Súmula vinculante nº 8</u>	61
5.4.9 <u>Súmula vinculante nº 9</u>	62
5.4.10 <u>Súmula vinculante nº 10</u>	62
6 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A Constituição situa-se acima das demais normas do ordenamento jurídico, por definir as funções do Estado e os direitos e liberdades fundamentais a serem respeitados.

Por esse motivo, as normas infraconstitucionais devem adequar-se aos preceitos constitucionalmente estabelecidos. Visando manter a sistematicidade do Direito, adequando todas as normas aos preceitos constitucionais, surgem os mecanismos de controle de constitucionalidade.

O controle difuso ou incidental de constitucionalidade é aquele através do qual qualquer juiz ou tribunal, e o Tribunal Constitucional ou cúpula, em última instância, julga a constitucionalidade ou não de determinada norma como incidente processual em um caso concreto. É considerado o mais democrático modelo de controle por permitir a qualquer cidadão suscitar perante qualquer tribunal a inconstitucionalidade de uma determinada lei.

A decisão acerca da constitucionalidade proferida incidentalmente em um processo, como qualquer outra decisão judicial, somente vincula e tem eficácia entre as partes envolvidas em tal processo. Contudo, é inegável a vocação expansiva das decisões sobre a constitucionalidade das normas, vez que ao ser questionada a legitimidade de determinado preceito em um caso concreto, o que se faz é questionar também sua aptidão para incidir em todas as demais situações semelhantes.

Ao possibilitar a ocorrência de decisões divergentes acerca do que é ou não constitucional, a ausência de efeito vinculante nas decisões em controle difuso de constitucionalidade põe em risco os princípios da isonomia e da segurança jurídica, entre outros, assegurados no texto constitucional, e que devem reger todas as situações jurídicas.

A solução para o problema pode ser vislumbrada com a inserção em nosso ordenamento jurídico do instituto da súmula vinculante, pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Entende-se por efeito vinculante a obrigatoriedade de seguimento pelos tribunais hierarquicamente inferiores de temas já decidido pelo STF, ou seja, a obrigação dos tribunais e juízes de seguirem precedentes judiciais.

Apesar de existir no ordenamento jurídico brasileiro desde 1993, introduzido pela Emenda Constitucional nº 03/93, que acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 102, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), e estar sendo constantemente ampliado para alcançar novas hipóteses – como a mencionada da súmula vinculante – o efeito vinculante tem sofrido sérias críticas acerca de sua legitimidade.

Por gerar efeitos para terceiros, alheios à relação processual, a eficácia vinculante das decisões é considerada por alguns doutrinadores como algo que afronta ao Estado Democrático de Direito. Os críticos alertam que, ao dar ao Judiciário a possibilidade de gerar regras de seguimento obrigatório, o que se faz é interferir na separação dos Poderes, criando a possibilidade de um “governo de juízes”. Tal panorama violaria, ainda, o princípio democrático, uma vez que pessoas que não foram democraticamente eleitas estariam editando normas de caráter abstrato e obrigatórias, tais como as leis.

Contudo, o efeito vinculante se legitima pelos mesmos princípios que embasam o Estado Democrático de Direito, quais sejam, a isonomia, a legalidade e a democracia.

Os litígios judiciais substancialmente semelhantes deveriam ter decisões judiciais iguais, vez que o princípio da isonomia prega que os iguais devem ser tratados igualmente. Já o princípio da legalidade identifica-se com o efeito vinculante na medida em que este proporciona previsibilidade do significado das leis e dos resultados de sua aplicação. O princípio democrático deve ser considerado legitimador do efeito vinculante quando se tem em conta sua função de reforçar o princípio da maioria, regra fundamental da democracia, segundo a qual são consideradas decisões coletivas as aprovadas pelo menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão, vinculatórias a todo o grupo.

No presente trabalho, procura-se demonstrar que o efeito vinculante visa a assegurar a igualdade de julgamento a todos que estiverem em situações jurídicas iguais, dando efetividade aos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

O objetivo geral do estudo é avaliar a legitimidade, a pertinência e a eficácia das súmulas vinculantes, analisando sua regulamentação e o teor das súmulas já editadas.

A pesquisa sobre o tema é essencialmente teórica, doutrinária. O enfoque é crítico e comparativo com os modelos adotados em outros países. As fontes de pesquisa são, basicamente, a legislação e a doutrina nacional, o Direito Comparado, além de outras fontes de dados.

Nos dois primeiros capítulos, define-se o controle de constitucionalidade, seus fundamentos na supremacia e rigidez constitucionais, os sistemas e modelos existentes no mundo e, mais especificamente, no Brasil. Desenvolve-se um estudo acerca do controle difuso, procurando demonstrar as vantagens da adoção do efeito vinculante, através da doutrina do *stare decisis* americano.

No terceiro capítulo avalia-se a legitimidade do efeito vinculante atribuído às decisões em sede de controle difuso baseado nos princípios da legalidade, da igualdade e o democrático.

No último capítulo, analisam-se brevemente as súmulas vinculantes já editadas enquanto que na conclusão apontam-se as áreas nas quais as súmulas poderão ser aplicadas.

O presente trabalho não visa o exame completo e exaustivo do tema, mas pretende discutir a legitimidade de adoção da súmula como forma de concretizar a celeridade processual, a isonomia e a justiça social.

2 OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição é o conjunto de normas e princípios que organizam e regem o Estado.

É a norma que dispõe sobre a organização estatal, sobre direitos e garantias fundamentais e outros assuntos considerados relevantes para determinado grupo de pessoas, em determinado momento.

Em uma concepção jurídica minimalista, pode ser definida como:

“um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”¹

Uma vez que contém a estrutura e a forma de organização do Estado, a Constituição é naturalmente superior às demais normas do ordenamento jurídico, tendo posição hierarquicamente mais elevada. Essa idéia de supremacia da Constituição é pressuposto sobre o qual se ergue todo o constitucionalismo moderno.

O constitucionalismo moderno surge com o advento do Estado Liberal, no século XVIII. Tal Estado nasce em oposição ao absolutismo, fundado a partir dos ideais da Revolução Francesa, trazendo a idéia de limitação dos poderes da autoridade governante, mediante a separação de poderes e a declaração de direitos individuais. É o modelo de Estado no qual há uma maior jurisdicização do poder político, passando a vigorar o império da lei, sendo o Poder Público controlado e definido por uma constituição.

Um dos teóricos do Estado Liberal, Emmanuel Joseph Sieyès, no livro *Qu'est-ce que le Tiers État*², estabelece a distinção entre poder constituinte e poder constituído, da qual resulta a superioridade da lei constitucional – que advém do poder constituinte – sobre a lei ordinária – que é ato do poder constituído, notadamente inferior, por se basear em normas definidas pelo poder constituinte.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38

² O livro foi traduzido para o português sob o título *A Constituinte Burguesa. O que é o Terceiro Estado*, Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1986.

A superioridade da Constituição advém, ainda, da chamada rigidez constitucional, que consiste na maior dificuldade que é imposta para que a mesma seja modificada. Nos dizeres de Kelsen, “as constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas.”³

Sem tal rigidez, não poderia a Constituição figurar como parâmetro para os demais atos normativos, sendo imperativo que seu processo de elaboração seja mais complexo que o das demais normas.

2.1 O controle de constitucionalidade

Sendo o Direito um sistema – conceito que pressupõe ordem e unidade –, suas normas devem procurar ser harmônicas entre si. Visando a corrigir uma possível quebra dessa harmonia, surge o controle de constitucionalidade, para garantir que as normas infraconstitucionais se amoldem aos preceitos e regras constitucionalmente estabelecidos.

Por força da supremacia constitucional, no momento da entrada em vigor de determinada Carta, todas as normas conflitantes com ela são revogadas, e as normas editadas posteriormente, se forem contra seus termos, deverão ser declaradas nulas.

Os atos estatais possuem uma presunção de validade e legitimidade, devendo ser declarado inconstitucional um ato somente quando este manifestamente contrariar a Constituição, seja formalmente – quando não for observada a forma definida para a sua elaboração –, seja materialmente – quando seu conteúdo estiver em desacordo com o previsto na Constituição.

Paulo Bonavides esclarece da seguinte forma:

"o controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

³ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p.223

O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo, em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais." ⁴

O controle de constitucionalidade consiste, assim, na verificação da compatibilidade entre uma lei ou ato com as normas da Constituição. É mecanismo de vital importância para a manutenção do Direito, uma vez que propicia a adequação das normas infraconstitucionais aos preceitos da Constituição. Afinal, a lei ou ato inconstitucional não pode subsistir no ordenamento jurídico, por estar em desconformidade com a norma que é o fundamento de validade de todas as outras.

Alexandre de Moraes conclui que

“o controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.”⁵

Ressalte-se que o principal alicerce do controle de constitucionalidade é a defesa dos direitos fundamentais assegurados na Constituição frente às injunções políticas.

2.2 Sistemas de controle

O controle de constitucionalidade pode ser dividido basicamente em dois sistemas; o político e o judicial (ou jurisdicional).

O sistema político é aquele no qual a verificação da constitucionalidade é feita por órgãos políticos, tais como o Poder Legislativo ou um órgão especial, separado dos demais Poderes do Estado. Pode ser exercido pelo próprio órgão criador da norma, tendo mitigadas, por isso, as garantias de independência. Normalmente é preventivo, ou seja, o órgão procura não editar normas inconstitucionais. Foi adotado em grande parte da Europa após o fim da

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 578

Segunda Guerra Mundial. É adotado ainda hoje na França, através do *Conseil Constitutionnel*⁶

Já o controle judicial é o procedido pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. É o chamado *judicial review* norte-americano. Na definição de José Afonso da Silva,

“é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”⁷

É exercido por órgãos independentes, que não participaram do processo de criação da norma. Normalmente é sucessivo, exercido após a publicação da lei.

Há, ainda, os países que adotam um modelo misto, no qual algumas normas são submetidas ao controle político, enquanto outras são submetidas ao jurisdicional. É o caso da Suíça e também do Brasil, onde as leis federais passam pelo controle político, exercido pela Assembléia Nacional, enquanto as leis locais se submetem ao controle judicial.⁸

2.3 Modos de exercício do controle judicial

O controle judicial pode ser procedido por via de ação ou de exceção. Diz-se via de ação quando o pedido referente à inconstitucionalidade é o principal da ação, como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Já a inconstitucionalidade suscitada incidentalmente durante um processo em curso, em um caso concreto, configura o chamado controle por via de exceção (ou de defesa).

Já no que tange ao órgão judicial que exerce o controle, ele pode ser classificado como concentrado ou difuso.

2.3.1 O controle concentrado

⁶ O *Conseil Constitutionnel*, previsto nos artigos 56 a 63 da Constituição francesa, é formado por nove conselheiros escolhidos pelo Presidente e pelo Parlamento, sem ter o poder de declarar inconstitucional qualquer norma já vigente.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 49

⁸ Loc. cit.

O controle concentrado é o exercido por um órgão específico, que tem como função principal ou única a fiscalização da constitucionalidade das leis, de modo concentrado e por via de ação direta.

O objetivo desse controle é obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando à invalidação da lei como garantia de segurança das relações jurídicas, as quais não podem estar baseadas em normas inconstitucionais.

É o chamado modelo austríaco, adotado pela primeira vez pela Constituição daquele país, em 1920. Na Áustria, como em quase toda a Europa, até o início do século XX inexistia qualquer processo de fiscalização de constitucionalidade. O Parlamento austríaco assumia uma posição de relativa supremacia, pois, sendo a lei uma expressão da soberania, não cabia a ninguém questionar sua legitimidade.

Esse quadro mudou a partir de 1920, quando a Áustria adotou um mecanismo de fiscalização de constitucionalidade idealizado por Hans Kelsen.

Kelsen criou a idéia de um Tribunal Constitucional especializado em julgar as violações à Constituição, julgando a constitucionalidade da norma diretamente, independente do caso concreto. Ele defendia o fato de que se uma lei é contrária à Constituição, não significa que ela seja nula ou inexistente. Essa lei pode ter um sentido jurídico, podendo, por exemplo, ser revogada por uma outra ou através de um processo especial, previsto na Constituição. Para Kelsen, a lei inconstitucional não é nula, mas sim anulável, sendo válida até a sua anulação, por um processo próprio e pelo órgão competente, previsto na Constituição.⁹

Esse modelo de fiscalização, embora com variações, foi adotado em vários países da Europa, além do Brasil.

No Brasil, o controle concentrado foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, e é exercido por via de ação direta veiculada em um processo objetivo junto ao STF, pelos legitimados do art. 103, da CRFB.¹⁰

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 290

¹⁰ CRFB/88: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

Ressalte-se que esse modo de controle de constitucionalidade não atinge diretamente todo o sistema jurídico brasileiro. As cláusulas pétreas, por exemplo, não podem sofrer controle concentrado devido à incondicional superioridade normativa da Constituição, não sendo permitida a declaração de inconstitucionalidade de normas originárias.

As decisões são irrecorríveis e com efeitos *erga omnes*, ou seja, oponíveis a todos e vinculantes aos demais órgãos do Judiciário e do Poder Público, não podendo ser proferidas decisões de sentido diverso nos tribunais inferiores.

2.3.1.1 *ADIn*

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) é o principal modo de exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

No sistema brasileiro, cabe ao Supremo Tribunal Federal (STF) processar e julgar, originariamente, ADIn de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, tais como resoluções administrativas e medidas provisórias. Isto deve se dar no exercício de competência dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que ainda estejam em vigor, pois os atos anteriores à Constituição e incompatíveis com ela simplesmente não são recepcionados.

No que tange aos atos normativos estadual ou municipal, estes podem sofrer ADIn em face de Constituição Estadual, sendo a competência do Tribunal de Justiça local, conforme dispõe o artigo 125, §2º da CRFB. Contudo, é inadmissível controle concentrado em face de ato normativo municipal ou distrital. Há a possibilidade, ainda, de haver ADIn em face de ato normativo estadual e distrital em relação à Constituição Federal, assim como no caso de decretos autônomos, que não regulamentem a lei.

A declaração de inconstitucionalidade é o objeto principal da ação. Tem como finalidade a retirada imediata do ordenamento de lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional vigente, não se sujeitando a qualquer prazo de natureza decadencial ou

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

prescricional. Nesse sentido, a Súmula 360 do STF diz que “não há prazo de decadência para a representação de inconstitucionalidade prevista no art. 8º, § único da Constituição Federal”.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade no STF requer o *quorum* mínimo de 8 (oito) ministros e a constitucionalidade ou inconstitucionalidade só poderá ser declarada com a manifestação favorável de 6 (seis) ministros. O artigo 27 da lei nº 9.868/99 prevê um *quorum* mais elevado (2/3 dos membros), por razões de segurança jurídica, quando se pretender restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento no futuro, a ser fixado.

O provimento da ADIn não implica em atividade mandamental, conforme já afirmado pelo STF:

“(...)a ação declaratória de inconstitucionalidade, quando ajuizada em face de comportamento do Poder Público, não legitima, em face de sua natureza mesma, a adoção de quaisquer providências satisfativas tendentes a caracterizar o atendimento de injunções determinadas pelo Tribunal. Em uma palavra: a ação direta não pode ultrapassar, sob pena de descaracterizar-se como via de tutela abstrata do direito constitucional positivo, os seus próprios fins, que se traduzem na exclusão, do ordenamento estatal, dos atos incompatíveis com o texto da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua, apenas, como legislador negativo”¹¹

Os efeitos da ADIn se operam *ex tunc*, retroagindo desde a edição do ato, e *erga omnes, a priori*.

2.3.1.2 ADIn por omissão

Observa-se a ocorrência do fenômeno da inconstitucionalidade tanto com ações – quando uma norma infraconstitucional contém um comando contrário aos preceitos constitucionais – quanto com omissões – quando se deixa de editar uma norma ou ato

¹¹ ADIn 732/RJ, relator Min. Celso de Melo

constitucionalmente exigido. Visando sanar a inconstitucionalidade advinda de uma omissão, surge a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIn por omissão).

A ADIn por omissão tem por objeto conceder plena eficácia às normas constitucionais que dependem de complemento infraconstitucional. Tem cabimento a partir de uma conduta negativa do Poder Público de seguir a lei, podendo essa omissão ser absoluta ou parcial.

Possui os mesmos legitimados, o mesmo procedimento e inexistência de prazo da ADIn genérica.

A natureza de sua decisão tem caráter mandamental, já que o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão estatal.

2.3.1.3 *Mandado de Injunção*

O artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal, prevê que será concedido mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O STF manifestou-se pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, independente de edição de lei que o regulamente, tendo em vista a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevista no art. 5º, § 1º, da Constituição¹².

O mandado de injunção é uma ação constitucional que visa suprir uma omissão do Poder Público, com o objetivo de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista constitucionalmente. Junto com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa combater a inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

O mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude de falta de norma regulamentadora da Constituição, sendo observadas, no que couber, as normas referentes ao mandado de segurança.

¹² CRFB/88: Art. 5º (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

2.3.1.4 ADC

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC), por sua vez, está prevista na Constituição Federal em seu artigo 102, I, *a*¹³, acrescentado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

O que se pretende obter com a ADC é a declaração de que determinada lei ou ato normativo federal está em consonância com a Constituição, com o fim de que seja afastada qualquer incerteza jurídica acerca de sua validade e eficácia.

Observe-se que a ADIn e a ADC têm efeitos ambivalentes: pode ser declarada a inconstitucionalidade da norma na ADC e a constitucionalidade na ADIn. São ações fungíveis, o pedido é sempre o de proteção da ordem constitucional.

Compete ao STF processá-la e julgá-la, sendo legitimados para a sua propositura os elencados no artigo 103 da CRFB, que são os mesmos legitimados para a ADIn. A diferença principal em relação à ADIn é que a ADC somente abrange lei ou ato normativo federal, sendo os legitimados, os princípios e as conseqüências os mesmos para as duas.

O processamento da ADC está regulamentado na lei nº 9868/99, que estabelece a possibilidade de concessão de medida cautelar para suspensão do julgamento de processos envolvendo a aplicação da norma objeto da ADC.

A decisão que declara a constitucionalidade da norma, dando provimento ao pedido autoral, não é passível de recursos, sendo possível apenas a interposição de embargos declaratórios. Essa decisão tem natureza *erga omnes* e vinculante, continuando a norma a produzir efeitos no ordenamento jurídico pátrio.

2.3.1.4 ADIn interventiva

¹³ CRFB/88: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;”

A ADIn interventiva, prevista no artigo 34, VII, da CRFB ¹⁴, difere-se da ação declaratória genérica por ter como objeto a declaração de inconstitucionalidade apenas de ato normativo estadual em face aos princípios sensíveis da Constituição, sob pena de acarretar em uma intervenção na autonomia política do Estado em questão – sendo esta a sanção politicamente mais grave existente em um Estado Federativo. Nos dizeres de Alexandre de Moraes:

“A ação direta interventiva possui dupla finalidade, pois pretende a declaração de inconstitucionalidade formal ou material da lei ou ato normativo estadual (finalidade jurídica) e a decretação de intervenção federal no Estado-Membro ou Distrito Federal (finalidade política)”.¹⁵

Assim, a Ação Direta Interventiva tem finalidade jurídica e política, no que diz respeito à obediência de princípios constitucionais pelos Estados.

2.3.1.5 ADPF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é forma de controle abstrato de constitucionalidade que possibilita, em caráter subsidiário, a solução de controvérsia judicial acerca de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os anteriores à Constituição.

Prevista no art. 102, § 1º¹⁶, da CRFB, é regulamentada pela lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, que prevê o cabimento de ADPF para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal.

¹⁴ CRFB/88: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana;
- c) autonomia municipal;
- d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.”

¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2003. p. 630

¹⁶ CRFB/88: “Art. 102 (...)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”

A decisão na ação terá efeito *erga omnes*, devendo a autoridade ou órgão responsáveis pela prática dos atos questionados serem comunicados, com a fixação das condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

2.3.2 O controle difuso

O controle difuso de constitucionalidade é uma modalidade de controle repressivo e judicial que permite a qualquer juiz ou tribunal julgar, no caso concreto, a compatibilidade de determinado preceito com a Constituição Federal.

Nesta modalidade de controle, a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato não é o objeto principal da ação, mas sim causa prévia, indispensável ao julgamento do mérito. O autor da ação necessita da declaração de inconstitucionalidade para isentá-lo de cumprir lei ou ato produzido em desacordo com a constituição.

O controle difuso aparece pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1891, que o previa como a única forma de fiscalização quanto ao respeito às normas constitucionais. Segundo Rui Barbosa, o controle judicial e incidental seria o único legítimo.

O controle de constitucionalidade no caso concreto não gera efeitos *erga omnes*, oponíveis àqueles que não estejam envolvidos na relação processual, não possuindo o poder de retirar do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional.

O fato de tornar qualquer norma passível de arguição quanto aos princípios constitucionais pelo cidadão comum é a maior vantagem do controle difuso, sendo que a ausência de eficácia *erga omnes* das sentenças proferidas torna esse tipo de controle menos eficaz.

2.4 O sistema brasileiro

No Brasil é adotado o sistema de controle judicial de constitucionalidade, instituído pela Constituição de 1891, baseado no modelo de controle americano.

Apesar de ser predominantemente judicial, o sistema brasileiro possui algumas características do controle prévio e de natureza política, exercido pelo Poder Legislativo (através das Comissões de Constituição e Justiça) e pelo Poder Executivo (através do poder de veto presidencial a projeto aprovado por uma das casas legislativas – art. 66, parágrafo 1º, da CRFB¹⁷). Essa forma de fiscalização adotada é conhecida como modelo misto ou híbrido de controle constitucional.

A Constituição do Império, de 1824, influenciada pelo modelo constitucional francês, era caracterizada por um controle de constitucionalidade feito pelo Poder Legislativo, não se assemelhando ao modelo utilizado atualmente. À Assembléia Geral era atribuído o poder de fazer as leis, interpretá-las e revogá-las, assim como “velar na guarda da Constituição” (art.15). O Imperador, neste contexto, tinha um papel fundamental, pois podia vetar os atos da Assembléia e até dissolvê-la sem qualquer critério.

Na República Velha, o modelo norte-americano foi acolhido, sendo instituído o controle judicial difuso por via de exceção, cabendo aos juízes e tribunais apreciar a constitucionalidade das leis no caso concreto, sendo que quando estas eram tidas como inconstitucionais, os efeitos da sentença retroagiam à data da sua publicação. Os juristas brasileiros não aceitaram sem problemas a inovação, vez que, enquanto nos EUA a *Supreme Court* buscou o poder de guardar a Constituição, aqui este foi delegado pelo Legislativo ao Judiciário, faltando aos tribunais instrumentos que garantissem a efetividade de sua nova função.

Em 1934 ocorreram novas mudanças: visando homogeneizar o entendimento dos tribunais, a inconstitucionalidade deveria ser decidida pela maioria dos membros. Ficou concretizado que o legitimado para retirar a norma do ordenamento era o Senado Federal e surgiu um esboço do controle de constitucionalidade concentrado com a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

¹⁷ CRFB/88: “Art. 66 (...)

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

A Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, representou um retrocesso no que tange ao controle de constitucionalidade, com a previsão de possibilidade do Executivo e do Legislativo revisarem as decisões do Judiciário.

Contudo, as inovações de 1934 foram resgatadas com a Constituição de 1946, época em que o Brasil viveu um período de redemocratização. Após 1965, o objeto das ações declaratórias de inconstitucionalidade foi ampliado, alcançando tanto a lei ou ato normativo federal em face da Constituição Federal, quanto lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual.

O sistema de controle de constitucionalidade de 1946 foi mantido na Constituição de 1967, porém ocorreram alterações nas práticas do STF. Além de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal pela via incidental ou pela concentrada, o STF também passou a deferir liminar suspendendo a eficácia dos atos impugnados, o que antes cabia ao Poder Executivo.

Com a promulgação da Constituição de 1988, há a consolidação de um complexo sistema de controle judicial de constitucionalidade, com a continuidade da combinação dos modelos difuso e concentrado, trazendo algumas inovações.

Primeiramente, a legitimidade ativa do controle abstrato deixou de ser monopólio do Procurador-Geral da República, ocorrendo uma ampliação da legitimidade ativa para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, na forma do art. 103, da CRFB.

Outra inovação da Constituição de 1988 foi a instituição de mecanismos de controle contra as chamadas omissões legislativas. Para as omissões concretas instituiu-se o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI¹⁸). No que tange ao controle abstrato, a Constituição previu a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º), nos seguintes termos:

"Art. 103. (...)

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

¹⁸ CRFB/88: "Art. 5º (...)

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

Há, ainda, a previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no art. 102, § 1º, e a limitação de propositura de Recurso Extraordinário somente no que concerne às questões constitucionais.

Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade no Brasil sofreu significativo aperfeiçoamento, sendo a jurisdição constitucional expandida com a introdução de medidas e institutos destinados a promover uma maior defesa das normas e princípios constitucionais.

3 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Historicamente, o controle difuso surge a partir da jurisprudência americana. Este modelo, adotado mais tarde por alguns países como Argentina, Canadá e Brasil, é caracterizado pela fiscalização constitucional realizada incidentalmente pelo Judiciário, em um caso concreto. O Judiciário tem competência para não aplicar uma norma que for considerada inconstitucional. Diz-se que a competência é difusa visto que o controle de constitucionalidade pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal.

Nessa via, somente é permitido ao interessado obter a declaração de inconstitucionalidade com o fim de obter a isenção do cumprimento, no caso concreto, de lei ou ato produzido em desconformidade com a Constituição.

3.1 O modelo americano

Em 1803, o *Chief Justice* Marshall da Suprema Corte Americana, no caso *Marbury X Madison*, afirmou pela primeira vez a superioridade da Constituição, aplicando a idéia de que a partir da Constituição se constrói e se organiza o Estado. E se o fundamento do poder exercido pelo Estado deriva da Constituição, todas as normas que forem elaboradas têm de estar de acordo com ela, vez que ela dá fundamento a todos os atos.

Marshall implementou o *judicial review*, que é a possibilidade do Poder Judiciário, em qualquer instância, rever as decisões e atos dos demais Poderes com base na compatibilidade dessas decisões com a Constituição. Assim, toda vez que uma decisão de qualquer um dos Poderes estiver colidindo com a Constituição, o Poder Judiciário tem a aptidão de afastar esse ato ou essa norma do ordenamento jurídico, visto que ela perde o fundamento a partir do momento em que é contrária à Constituição. Ao se firmar a idéia do *judicial review*, surge definitivamente a noção de controle difuso.

O *judicial review* não tem assento expresso no texto constitucional americano, sendo realizado no desempenho normal da atividade judicial. O núcleo desse modelo de fiscalização reside no fato de que qualquer juiz ao decidir sobre algum caso em que seja relevante uma

norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve sempre aplicar a norma constitucional.¹⁹

Possui como características básicas: a solidariedade no dever de exercer o controle de constitucionalidade por todos os tribunais, em face de leis federais, estaduais e municipais; a questão constitucional só ser analisada pelos tribunais na presença de todos os juízes, pela importância de suas consequências; as arguições de inconstitucionalidade somente serem conhecidas pelos tribunais se forem provenientes de alguém que tenha sofrido alguma lesão em seus direitos pela norma dita inconstitucional; os tribunais não poderem discutir a conveniência e oportunidade de determinada norma, devendo somente compará-la com a Constituição; a interpretação acerca da constitucionalidade ou não da norma deve considerar os fins constitucionais e a presunção de constitucionalidade das leis; a inconstitucionalidade não poder ser declarada com base em princípios que não façam parte expressamente da Constituição; a validade de um ato legislativo não pode depender do conhecimento dos motivos que o fizeram adotar; a declaração de inconstitucionalidade tem o condão de declarar nulo o ato legislativo, gerando efeitos *ex tunc*.

A Suprema Corte americana entende que não deve se pronunciar abstratamente acerca da inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, a não ser que haja necessidade de arbitramento judicial entre partes opostas, vez que as funções judiciais estão limitadas à resolução de litígios postos em juízo.

A funcionalidade do modelo americano repousa no princípio da força vinculante das decisões judiciais, típica dos países que adotam a *Common Law*. Por força desse princípio, quando a Suprema Corte americana decide a respeito de qualquer questão constitucional, sua decisão é vinculante para todos os demais órgãos judiciais. A decisão em um caso concreto adquire eficácia *erga omnes* e vinculante. Por isso, qualquer lei que deixa de ser aplicada pela Suprema Corte americana devido à inconstitucionalidade, pode continuar no texto, mas não será mais aplicada.

As decisões de mérito da Suprema Corte geram precedentes de cumprimento obrigatório por todos os demais tribunais inferiores e às autoridades administrativas – o *stare decisis*. O desrespeito dos precedentes por tribunais inferiores propiciará a revisão judicial, na qual a Suprema Corte poderá impor seu entendimento. Caberá, ainda, recurso à Suprema Corte no caso de desrespeito aos precedentes por parte da Administração Pública.

¹⁹ Barroso, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.03-10.

Contudo, um tribunal não está obrigado a seguir toda a fundamentação declarada em um precedente, mas somente aquela que serviu de razão fundamental para a decisão. Além disso, o tribunal poderá negar aplicação de um precedente a um determinado caso ao qual se aplicaria, por entendê-lo não adequado às circunstâncias e peculiaridades.

Insta observar que a Corte não está vinculada aos seus próprios precedentes, podendo alterar sua interpretação constitucional em decisões futuras. Contudo, há o entendimento da Corte como um conjunto contínuo, que não deve mudar de orientação em razão de ter mudado de juízes.

No que tange à vinculação, o modelo americano sempre se diferiu do antigo controle difuso realizado pelos ingleses, no qual, até 1966, não se permitia à Câmara dos Lordes alterar seus entendimentos anteriores, baseado na segurança jurídica absoluta. Tal entendimento mudou, desobrigando a Câmara de seguir sempre seus precedentes, devido à observação de que uma intransigente adesão aos precedentes poderia levar a injustiças e restringir a evolução do Direito.

3.2 O controle difuso no Brasil

O Brasil, como quase a totalidade dos países que adotam o modelo da *Civil Law*, derivado do modelo romano-germânico, não adotou o *stare decisis* americano.

O controle difuso é instrumento de efetividade da Constituição e de defesa dos direitos fundamentais, sendo a idéia de afastar a aplicação de uma lei inconstitucional ao caso concreto uma característica natural dos magistrados brasileiros.

Na Constituição de 1891, primeira da República, sob influência de Rui Barbosa, foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis.

Tendo em vista o tímido uso do controle de constitucionalidade por parte do STF, a lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, veio definir, em seu art. 13, parágrafo 10, que

“os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou a Constituição”.

Instituiu, assim, o controle difuso como ele é hoje no Brasil.

A inconstitucionalidade incidental, no ordenamento brasileiro, só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal – cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição. Confira-se:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

O juiz singular pode deixar de aplicar lei ou ato do Poder Público que entender inconstitucional, porém, o respeito à cláusula de reserva de plenário garante maior segurança jurídica.

Entretanto, a maioria absoluta é dispensável, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, no caso de haver pronunciamento anterior por seu Plenário ou pelo tribunal *a quo*. Tal cláusula de reserva não visa a vedar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo juiz monocrático, mas sim determinar uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica.

O STF, órgão máximo do poder Judiciário, tem constitucionalmente asseguradas sua autonomia e independência, não estando subordinado a qualquer outro órgão estatal. Nasceu como intérprete máximo da constituição republicana, que previa o controle de constitucionalidade repressivo, jurídico e concreto, realizado pelo Judiciário. A Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade das normas, atribuiu ao STF a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

Ao Supremo Tribunal Federal cabe realizar controle difuso de constitucionalidade tanto em suas ações originárias – no exercício de sua competência recursal originária – quanto via recurso extraordinário. Cabe ao Supremo julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da constituição local.

O constituinte originário previu o STF como guardião da constituição (art. 102, *caput*, CRFB)²⁰, devendo assegurar a supremacia das normas constitucionais, permitindo, contudo,

²⁰ CRFB/88: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

somente a análise do recurso sem o reexame da matéria fática. Presume-se que a matéria de fato foi decidida nas instâncias ordinárias. Dessa forma, é exigido como pressuposto e admissão do recurso extraordinário o pré-questionamento da matéria, que vem a ser a discussão e a decisões prévias sobre o tema jurídico do recurso.

A partir disso, o STF poderá oficiar o Senado Federal para que este suspenda, por meio de resolução, a execução, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da CRFB.²¹ Uma vez comunicada, a decisão do STF será lida em Plenário e encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei.

Tanto no STF quanto no Senado, entende-se que a atribuição de suspender a execução do ato declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso é ato discricionário do Poder Legislativo. De acordo com Paulo Bossard,

“tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF. No exercício dessa competência cabe-lhe proceder com equilíbrio e isenção, sobretudo com prudência, como convém à tarefa delicada e relevante, assim para os indivíduos, como para a ordem jurídica.”²²

Nas decisões no controle de constitucionalidade difuso, declarada a inconstitucionalidade *incidentally tantum*, a lei ou ato normativo desfaz-se desde a sua origem, juntamente com as conseqüências dela derivadas em relação às partes e no processo em que houve a declaração incidental (efeitos *ex tunc*), uma vez que os atos inconstitucionais são nulos, sem qualquer eficácia jurídica. Contudo, a suspensão dos efeitos da lei, declarada por resolução do Senado Federal, terá efeito a partir da publicação.

Ao STF chegam basicamente dois tipos de questões constitucionais, em sede de recurso extraordinário: as que dizem respeito à legitimidade de preceito normativo e as que envolvem aplicação direta da norma constitucional ao caso concreto, sem que seja necessário juízo sobre a constitucionalidade da lei.

²¹ CRFB/88: Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(..)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

²² BOSSARD, Paulo. *O Senado e as leis inconstitucionais*. Revista de Informação Legislativa, v. 50, p. 55 *apud* MORAES, Alexandre. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2000, p.255

Nos casos em que é necessária a avaliação acerca da constitucionalidade de preceito normativo, a ausência de eficácia *erga omnes* e defeito vinculante para que essa eficácia se concretize, pode violar a segurança jurídica e o princípio da isonomia.

Os preceitos normativos têm como característica básica a generalidade, não se destinando a regular casos concretos, mas sim, a estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto de situações. Assim, quando se questiona a legitimidade constitucional de um preceito, o que se faz é questionar também sua capacidade para incidir em todos os demais casos semelhantes.

A ausência de efeito vinculante e suspensão dos efeitos da norma somente por intermédio do Senado traz vários transtornos. Vejamos um exemplo prático.

No recurso extraordinário nº 150.764-1-PE²³, o Senado Federal argumentou que a suspensão *erga omnes* do tributo declarado inconstitucional traria profunda repercussão na vida econômica do país, em momento de crise do Tesouro Nacional e “conjugação de esforços no sentido da recuperação da economia nacional”.²⁴ A justificativa do Senado deixa duas possibilidades: ou o cidadão continuará a ser onerado por tributo inconstitucional até que um dos legitimados constitucionalmente proponha uma ADIn, ou deverá cada cidadão recorrer ao Judiciário, gerando mais alguns milhares de processos, contribuindo para a morosidade do Judiciário e indo de encontro ao preceituado no art. 5º, LXXVII, da CRFB²⁵.

E, mesmo recorrendo ao Judiciário, cada cidadão poderia ter uma decisão diferente acerca da constitucionalidade ou não do tributo, tendo em vista a ausência de efeito vinculante.

A questão foi resolvida nos Estados Unidos com a adoção do *stare decisis*, cuja consequência prática é dar efeitos *erga omnes* às decisões no controle difuso de constitucionalidade.

Apesar do aumento de importância do controle concentrado de constitucionalidade com a promulgação da Constituição de 1988, o controle difuso deverá continuar existindo em

²³ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

²⁴ CLÈVE, Clèmerson M. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 185 *apud* PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

²⁵ CRFB/88: Art. 5º. (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

nosso ordenamento jurídico, vez que é mais democrático por gerar a possibilidade de o cidadão comum argüir a inconstitucionalidade de uma norma ou ato.

Nesse sentido, Oswaldo Luiz Palu conclui que:

“No sistema constitucional de 1988 o sistema de controle de constitucionalidade pode ser classificado como *misto*, e o modo difuso de controle da constitucionalidade, ainda que auxiliar, dadas as características de nosso sistema, é indispensável para que o cidadão possa objurgar atos estatais ilegítimos constitucionalmente, permitindo sua atuação diretamente junto às instâncias ordinárias do Poder Judiciário.

E o modo difuso de controle de constitucionalidade tem sido subestimado em suas reais potencialidades, com as características que sempre o distinguiram, o de ser um sistema acessível e democrático, a permitir a qualquer cidadão, por iniciativa sua, contestar atos do poder público à guisa de inconstitucionalidade, e permitindo a qualquer juiz que declare a inconstitucionalidade. Sistema que valoriza a iniciativa individual e não a oficial (ADIN), não atribuindo aos interesses do Estado, ou dos que titularizam temporariamente cargos públicos, preeminência em relação aos interesses do cidadão.”²⁶

O modelo de controle difuso faz-se extremamente importante na medida em que o ordenamento brasileiro não permitiu, nos moldes alemães (recurso constitucional), o acesso direto do indivíduo ao STF para a defesa de um direito fundamental, tampouco - nos moldes argentinos - permitiu a possibilidade de argüição quando se pretenda evitar ou cessar lesão decorrente de ação ou omissão de autoridades públicas ou de particulares que lesionem ou ameacem arbitrariamente direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

²⁶ PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 279-280

4 A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO EFEITO VINCULANTE NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Ao se questionar a constitucionalidade de determinada norma, mesmo que em um caso concreto, o que se faz, na verdade, é questionar a aptidão de tal norma para incidir em todas as demais situações semelhantes, vez que a norma, por ser geral e abstrata, deve ter o mesmo significado em todos os casos em que as circunstâncias forem iguais.

Contudo, é questionado se seria válido em um Estado Democrático de Direito conceder às decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ou se tal vinculação, por gerar efeitos para terceiros, alheios à relação processual, afrontaria o princípio democrático, por violar, ainda, a liberdade de julgar de todo órgão jurisdicional.

4.1 O Estado Democrático de Direito e a legitimidade do controle de constitucionalidade

O Estado Democrático de Direito surge da junção dos conceitos de Estado de Direito – que é derivado do Estado Liberal, fundado na submissão à lei, na divisão dos poderes e na garantia dos direitos individuais, tendo o princípio da legalidade como essência e a generalidade das leis como a garantia da igualdade – e de Estado Democrático – baseado, por sua vez, no princípio da soberania popular, visando garantir os direitos fundamentais da pessoa humana como realização do princípio democrático. O Estado Democrático de Direito é principalmente fundado na dignidade da pessoa humana, visando alcançar a justiça social com a aplicação das leis às quais se submete.

Os princípios nos quais se embasa o Estado Democrático de Direito – a regra da maioria e soberania do povo, de um lado, e jurisdicização do poder e respeito aos direitos fundamentais, de outro – são quase antagônicos. Cabe ao constitucionalismo harmonizar o desenvolvimento da sociedade política e o equilíbrio institucional. Nas palavras de Gustavo Binbenojm, “à jurisdição constitucional cabe ser o árbitro do jogo democrático”.²⁷

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 48

Tal equilíbrio entre os ideais que fundamentam o Estado Democrático de Direito encontra-se enraizado na divisão de poderes entre os órgãos políticos e jurisdicionais.

Nos países que fazem uso do controle judicial de constitucionalidade – no qual tribunais e/ou juízes têm o poder de anular determinada lei ou ato oriundo de poderes direta e democraticamente eleitos –, surge a questão da legitimidade democrática de tal fiscalização de constitucionalidade.

Essa questão é o chamado “risco democrático” da jurisdição constitucional, não existindo nenhuma forma de controle democrático das decisões nessa seara. Não há controle democrático pela escolha do povo, vez que os juízes não são escolhidos por eleições populares, nem tampouco sofrem aferição periódica de sua atuação, tendo cargos vitalícios. Também não há previsão de controle da legitimidade das decisões, a não ser por meio de Emenda Constitucional, que venha a “corrigir” a jurisprudência, sendo que tal solução não é totalmente satisfatória, pois as emendas à Constituição também são passíveis de sofrer controle de constitucionalidade pelos tribunais.

O constitucionalismo clássico explica a legitimidade da jurisdição constitucional por entendê-la como mecanismo que assegura a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral.

Segundo a visão positivista, caberia ao juiz somente subsumir o fato concreto à norma, não tendo qualquer participação criativa nesse processo.

Gustavo Binenbojm resume tal perspectiva da seguinte forma:

“O raciocínio silogístico é perfeito: (a) a constituição é uma norma jurídica superior a todas as demais; (b) ao Judiciário, no Estado Democrático de Direito, cabe aplicar as normas jurídicas, velando pela imperatividade de seus efeitos; (c) ao Judiciário cabe, assim, aplicar diretamente as normas constitucionais, velando pela prevalência de seus efeitos sobre todas as demais normas do ordenamento jurídico”²⁸

Dessa forma, o positivismo jurídico tenta explicar a coexistência do controle de constitucionalidade e da democracia pela atuação neutra do juiz, submetendo o legislador atual às escolhas prévias feitas pelo povo, por meio do legislador ordinário.

Foi esta concepção amplamente adotada pela Suprema Corte americana, como por exemplo, no julgamento de *United States v. Butler*, de 1936:

²⁸ Ibid. p. 60

“Afirma-se vez por outra que a corte assume o poder de reformar ou controlar a atuação dos representantes do povo. Esta é uma concepção equivocada. Quando um ato do Congresso é apropriadamente impugnado perante os tribunais, por não conformar-se aos ditames constitucionais, o Poder Judiciário tem apenas um dever – colocar o artigo da Constituição que tenha sido invocado lado a lado com o dispositivo legal impugnado e decidir se este último enquadra-se no primeiro.”²⁹

Tal posição foi muito criticada pela doutrina, chegando-se à conclusão de que toda interpretação constitucional é uma interpretação concretizadora da “vontade” por trás da norma, mas não deixa de ser também construtiva, na medida em que cada juiz, ao aplicar a norma, precisa previamente tê-la interpretado. Assim, o juiz, como o legislador, também cria o direito, tendo participação volitiva ao escolher a interpretação que dará à norma.

Cabe ao juiz escolher, de todas as interpretações possíveis, qual lhe pareça mais adequada, tendo o papel de legislador negativo. Por essa perspectiva, o exercício da jurisdição constitucional não seria cabível sem a violação do princípio democrático.

Tentando resolver tal problemática, Hans Kelsen, evidenciando o importante papel que a jurisdição constitucional desempenharia e desempenha na democracia moderna, proferiu o seguinte discurso:

“Contra as muitas censuras que fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas –, não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escorreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada dentro do quadro de legalidade. A exigência de um quorum qualificado para a mudança da Constituição traduz a idéia de que determinadas questões fundamentais devem ser decididas com a participação da minoria. A maioria simples não tem o direito de impor sua vontade – pelo menos em algumas questões – à minoria. Nesse ponto, apenas mediante a aprovação de uma lei inconstitucional poderia a maioria afetar os interesses da minoria constitucionalmente protegidos. Por isso, a minoria, qualquer que seja a sua natureza – de classe, de nacionalidade ou de religião –, tem um interesse eminente na constitucionalidade da lei.

Isto se aplica sobretudo em caso de mudança das relações entre maioria e minoria, se uma eventual maioria passa a ser minoria, mas ainda suficientemente forte para obstar uma decisão qualificada relativa à reforma constitucional. Se se considera que a essência da democracia reside não no

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade do Direito Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 55

império absoluto da maioria, mas exatamente no permanente compromisso entre maioria e minoria dos grupos populares representados no Parlamento, então representa a jurisdição constitucional um instrumento adequado para a concretização dessa idéia. A simples possibilidade de impugnação perante a Corte Constitucional parece configurar instrumento adequado para preservar os interesses da minoria contra lesões, evitando a configuração de uma ditadura da maioria, que, tanto quanto a ditadura da minoria, se revela perigosa para a paz social.³⁰

Segundo a teoria pós-positivista, o direito é um conjunto de regras e princípios. As normas são resultado da interpretação, da valoração da lei. Cabe ao juiz observar o caso concreto e aplicar à lei o sentido retirado dos princípios e valores dos membros da coletividade na qual ele está inserido. A interpretação e aplicação da Constituição requer que seja levada em conta as condições sociais e históricas do momento em que se faz a interpretação.

Para os liberais, como John Rawls³¹, existem certos direitos e liberdades fundamentais, tais como o direito a voto, à participação na política, a liberdade de consciência, de pensamento e as garantias do Estado de Direito, que devem ser assegurados e protegidos das maiorias legislativas momentâneas. A legitimidade da jurisdição constitucional está na proteção de tais direitos e liberdades e da vontade superior do povo, definida nos princípios gravados na Constituição.

Para Dworkin³², a Constituição incorpora princípios³³ morais com os quais as decisões judiciais devem ser compatíveis. O aplicador do Direito deve buscar conjugar cada decisão ao sistema jurídico, dando atenção à legislação, mas também aos precedentes judiciais existentes, buscando identificar neles o princípio que os norteiam.

Nos chamados casos difíceis³³, os juízes não decidem de forma discricionária, não havendo liberdade total, vez que os magistrados devem se ater aos princípios, que darão limites e sentido às decisões.

Assim, o juiz, ao interpretar a norma, deve buscar, de todas as interpretações possíveis, a que se adeqüe aos princípios e regras constitucionais estabelecidos. Ele não deve

³⁰ KELSEN, Hans. *La Garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *La Giustizia Costituzionale*, Milão, 1980, p. 201/203 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 72/73

³¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77

³² DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 41 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 74 e seguintes

³³ Os *hard cases*, aqueles nos quais há dificuldade em descobrir o conteúdo jurídico que irá regê-los.

nem declarar mecanicamente um direito já existente, nem tampouco criar livremente um direito futuro. Ele deve visar a idéia de direito como integridade, interpretando a norma baseado nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, retirando deles os direitos e deveres de determinada coletividade. O conteúdo da norma deve ser buscado na “consciência jurídica geral” da comunidade, não sendo dado pelo juiz o sentido derivado única e isoladamente de suas idéias.

Dessa forma,

“A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável.”³⁴

Os direitos e liberdades fundamentais são mais uma exigência democrática que uma limitação à democracia, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, não há pessoas capazes de manter a democracia em funcionamento, não há um verdadeiro processo político deliberativo. Ao proteger tais direitos, inclusive das maiorias parlamentares, proporcionando que os cidadãos sejam tratados com igualdade, o controle de constitucionalidade protege a democracia.

Gustavo Binjenbojm conclui que:

“(…) A supremacia da constituição e a jurisdição constitucional são mecanismos pelos quais determinados princípios e direitos, considerados inalienáveis pelo poder constituinte originário, são subtraídos da esfera decisória ordinária dos agentes políticos eleitos pelo povo, ficando protegidos pelos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.”³⁵

E ainda:

“A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá *a favor* e

³⁴ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 288 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 77

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, prefácio de Luis Roberto Barroso.

não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.”³⁶

Para Habermas,³⁷ os direitos fundamentais não são produto de uma revelação de ordem superior, transcendente, nem tampouco de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe Dworkin, mas resultam da decisão dos cidadãos de regular suas vidas através de um direito positivado.

Assim, cabe à jurisdição constitucional proteger o sistema de direitos fundamentais que possibilitem a autonomia política dos cidadãos, que vem a ser condição para a gênese democrática das leis.

Sendo todo cidadão intérprete da Constituição, devem os intérpretes oficiais, sempre que possível, ouvir os intérpretes oficiosos, do dia-a-dia.

Dessa forma, quando as decisões acerca da constitucionalidade das leis adquirirem credibilidade política e social, a jurisdição constitucional se encontrará devidamente legitimada.

Assim, as concepções pós-positivistas de direito como integridade exigem que o juiz reconheça os julgamentos de casos anteriores semelhantes, na medida em que seria impossível a um juiz ter a compreensão plena e abrangente de todo o Direito. Daí advém a legitimidade democrática de se atribuir efeito vinculante às decisões dos juízes ou tribunais no controle difuso de constitucionalidade.

4.2 O efeito vinculante

Entende-se por efeito vinculante a obrigatoriedade de seguimento por tribunais e juízes de precedentes judiciais que tratem do mesmo tema.

Precedente é a regra jurídica aplicada pelo tribunal aos casos futuros em que os fatos sejam substancialmente os mesmos.

³⁶ Loc. cit.

³⁷ HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 2, p. 298 *apud* BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 107

*Stare decisis*³⁸ é a política que exige que as cortes subordinadas à última instância, que estabelece o precedente, não mudem uma questão decidida.

Simplificando, a decisão judicial no caso concreto enuncia determinado princípio que deverá ser considerado e observado na solução de casos semelhantes no futuro.

O instituto do *stare decisis* é, sem dúvida, a base dos ordenamentos jurídicos pertencentes ao sistema da *Common Law*.

A justificativa teórica clássica baseia-se no fato de que a existência de precedentes vinculantes permite ao sistema legal usufruir as vantagens da previsibilidade na ordenação da conduta das pessoas, promove a necessária percepção de que a lei é estável, evitando frustrações de expectativas quanto os direitos e deveres dos membros da coletividade, aumenta a eficiência do sistema judicial e, ainda, preserva o princípio da separação dos poderes, por impedir uma discricionariedade abusiva por parte do Judiciário na criação de normas, reforçando o *judicial restraint*. As justificativas mais modernas afirmam que a regra do *stare decisis* representa um conjunto de princípios que norteiam nosso sistema jurídico, tais como a igualdade e a integridade.

No sistema da *Common Law*, por quase não haver legislação escrita, as decisões judiciais, além de resolver uma determinada controvérsia, têm a função de tornar-se um precedente judicial.

Disso decorre a falsa idéia de que a vinculação aos precedentes é característica comum somente nos países do *Common Law*. De fato, as decisões judiciais nesse sistema são fonte formal de direito, sendo que os precedentes da Corte superior são de observância obrigatória. Contudo, observa-se que, em qualquer sistema, as decisões dos tribunais superiores são seguidas pelos hierarquicamente inferiores mesmo sem haver obrigatoriedade.

Ressalte-se que o pensamento pós-positivista suplantou a idéia de Judiciário como mero aplicador do direito, sem qualquer participação na produção normativa. O juiz, ao aplicar a interpretação que achar mais correta, está também criando o direito, sendo fonte formal.

Assim, no sistema da *Civil Law*, foi necessário encontrar um substituto ao *stare decisis* com fim de garantir maior segurança jurídica, ao menos no que tange às decisões sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas. Dessa forma surgiram os

³⁸ Abreviação da máxima *stare decisis et non quita movere*, traduzida livremente como “mantenha a decisão e não perturbe o que está estabelecido”.

Tribunais Constitucionais europeus, corroborando para o reconhecimento de que o Poder Judiciário é uma fonte de produção normativa, vez que enuncia regras de direito. Regras estas que, exatamente por serem regras, devem ser obrigatoriamente obedecidas e seguidas.

Os precedentes dos Tribunais Constitucionais normalmente são utilizados pelas Cortes inferiores apenas como um apoio para sua decisão em casos semelhantes, mas freqüentemente são obedecidos e seguidos de forma vinculante.

No Canadá, os sistemas de *Common Law* e da *Civil Law* convivem harmoniosamente, numa demonstração da total compatibilidade entre o efeito vinculante e o sistema romano-germânico. Apesar de o pensamento jurídico majoritário ser de origem anglo-saxã, a província de Quebec, de colonização francesa, possui o ordenamento jurídico derivado do código civil napoleônico. O direito francês, após a Revolução de 1789, levou a doutrina da separação dos poderes ao máximo, não permitindo aos juízes qualquer ato interpretativo ou construtivo, devendo ser apenas aquele que aplica a lei à controvérsia que lhe é apresentada, por razões históricas.

No Antigo Regime, antes da Revolução, a jurisdição era exercida como um direito patrimonial pelos juízes e não vigorava um regime de leis nacional. Com o advento da Revolução, visando afastar a incerteza e a falta de uniformidade do direito e a arbitrariedade judicial que vigorava, foi procedida uma codificação legal válida para todo o país baseada nos ideais revolucionários de igualdade e liberdade e na separação dos poderes do Estado.

Como consequência, o código civil francês proíbe expressamente os juízes de decidirem casos que lhes sejam submetidos através de princípios ou disposições gerais. A função judicial jamais poderia ser considerada fonte normativa, sendo vedado, inclusive, o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Sobre o tema, esclarece Poletti

“(…) Os de tradição Francesa regem-se, com ênfase, pelo princípio da divisão de poderes. Um Poder não interfere sobre o outro. Logo o controle do ato legislativo não pode caber senão ao próprio Legislativo. Está, então, inviabilizado o controle pelo judiciário. O país que oferece exemplos mais típicos e numerosos de um controle político, de caráter não judiciário, é a França. Nas diversas constituições francesas, a exclusão de um controle judiciário é sempre reiterada. As razões dessa constante histórica são óbvias (...). E não apenas pelos aspectos ideológicos ali apontados; a idéia de separação de poderes e a manifestação da vontade nacional pelo Parlamento, como também por motivos de ordem estritamente histórica. No *ancien regime*, posto abaixo pela Revolução, a jurisdição era exercida como um direito patrimonial pelos juízes, possuído de igual maneira como os bens objeto do direito de propriedade, com todos os seus atributos e

decorrências. Essas duas ordens de motivos, a ideológica e a histórica, explicam o afastamento de qualquer controle judiciário, bem como a própria existência da jurisdição administrativa na França.³⁹

Voltando ao caso canadense, embora inexista qualquer autorização legal para que haja vinculação aos precedentes da Suprema Corte canadense, na prática, mesmo sob o império da *Civil Law* de Quebec, a doutrina do *stare decisis* é aceita e aplicada, sendo os precedentes judiciais considerados fontes formais de direito.

Nesse sentido, conclui Friedmann:

“Embora o código civil de Quebec seja essencialmente uma versão revisada do código napoleônico, a posição das cortes de Quebec, e sua abordagem com relação ao *stare decisis*, tem sido desde o início muito diferente daquele das cortes francesas. Isso é devido a inúmeros fatores. Em primeiro lugar, o direito civil de Quebec opera em uma moldura dominada pela técnica e mentalidade da *common law*. Em segundo lugar, a mais alta corte de apelação das decisões das cortes de Quebec é a Suprema Corte do Canadá, cuja maioria de membros são treinados na *common law*. Terceiro, a técnica de julgamento das cortes de Quebec é mais próxima da técnica da *common law* do que da técnica do direito francês. Isso induziu uma abordagem com relação a doutrina do *stare decisis* que tem muito mais em comum com o método da *common law* do que o da *civil law*.⁴⁰

No sistema da *Civil Law*, que se centra no direito posto pelo legislador, o juiz é livre para desconsiderar a decisão de uma corte superior. Na *Common Law*, isso nunca é feito, salvo em algumas situações específicas. O sistema romano-germânico está estruturado sobre uma normatização geral, abstrata e não casuística, o que tornaria uma vinculação à jurisprudência algo contraditório.

Contudo, atualmente estes dois sistemas não se encontram tão definidos e diferenciados. Nos países da *Common Law*, como os Estados Unidos e a Inglaterra, há várias áreas e serviços detalhados em leis escritas. O direito derivado unicamente da jurisprudência das decisões no caso concreto, o chamado *case law*, é hodiernamente muito raro.

Da mesma forma, o papel interpretativo e construtivo do juiz tem aumentado nos países da *Civil Law*, havendo uma comunicação de institutos entre os dois sistemas.

³⁹ POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das leis*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Forense, 1995. p. 56-57

⁴⁰ FRIEDMANN, Wolfgang. *Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec*. The Canadian Bar Review, vol. XXXI, ago./set. 1953. p. 725 *apud* SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 156

Note-se, ainda, que os precedentes não são aplicados de forma automática. Quando o juiz aplica um precedente, cabe-lhe comparar os fatos do precedente com os da causa e decidir se há equivalência.

O que vincula em um precedente, em verdade, é a chamada *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é o princípio norteador da decisão judicial. A decisão como um todo é vinculante e gera efeitos entre as partes, mas a *ratio decidendi* vincula com força de lei o resto do mundo.

Assim, dos exemplos aduzidos acima conclui-se que a adoção do efeito vinculante nas decisões do STF não é, de nenhuma forma, incompatível com o sistema romano-germânico adotado no Brasil, sendo, ainda, legitimador dos princípios do Estado Democrático de Direito.

4.2.1 Os princípios legitimadores do efeito vinculante

O efeito vinculante é democraticamente legitimado pelo reforço que promove ao princípio da maioria. Fazendo valer para os tribunais e juízes inferiores as decisões do Supremo Tribunal Federal – formado por membros que passam pelo crivo de indivíduos democraticamente e diretamente eleitos –, em última análise, o efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade faz valer perante os poderes constituídos a vontade do poder constituinte, expresso na constituição, diminuindo, ainda, a arbitrariedade do próprio Poder Judiciário.

Legitimam a aplicação do efeito vinculante os princípios da legalidade, da igualdade e, por último, o princípio democrático.

4.2.1.1 *O princípio da legalidade*

O princípio da legalidade é uma das bases do Estado de Direito.

O Estado de Direito pode ser definido como o no qual o poder público é definido, limitado e controlado por uma Constituição, havendo uma maior jurisdicização do poder político. Seus principais elementos são o império da lei (devendo a lei deve ser imposta a todos, inclusive ao próprio Estado), separação dos poderes e prevalência dos direitos

individuais fundamentais. O Estado de Direito é constituído com base na lei e regulado por esta em todas as suas decisões.

Nesse modelo de Estado, prevalece a idéia do *rule of law* (governo baseado na vontade das leis), sobre o *rule of men* (governo dos homens).

Segundo Norberto Bobbio,

“(...) da Inglaterra o princípio da *rule of law* transfere-se para as doutrinas jurídicas dos Estados continentais, dando origem à doutrina, hoje verdadeiramente universal (no sentido de que não é mais contestada por ninguém em termos de princípio, tanto que, quando não se reconhece, se invoca o estado de necessidade ou de exceção) do ‘estado de direito’, isto é, do estado que tem como princípio inspirador a subordinação de todo poder ao direito, do nível mais baixo ao nível mais alto, através daquele processo de legalização de toda ação de governo que tem sido chamado desde a primeira constituição escrita, de ‘constitucionalismo’”.⁴¹

O Estado de Direito reconhece o princípio da legalidade e o controle judicial como a base e a garantia do sistema jurídico, de modo que toda forma de poder estatal deve se submeter às leis e à justiça. Essa visão mais ampla faz com que alguns doutrinadores chamem o princípio da legalidade de princípio da juridicidade. Nesse sentido, define Celso de Albuquerque Silva:

“O princípio da juridicidade ou, como preferimos, legalidade em sentido amplo, aponta, de um lado, para a submissão do Estado não somente à norma jurídica objetiva, mas também aos princípios jurídicos, ou seja, à ordem jurídica globalizante. Por outro lado, Estado submetido à justiça, indica Estado cujos atos legislativos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange a legitimidade constitucional e legal. Assim, o princípio da legalidade em sentido amplo, significa submissão de toda função estatal (legislativa, administrativa e judicial) ao direito.”⁴²

Cabe ao Judiciário promover a proteção do princípio da legalidade. É através do controle efetuado por um órgão judicial imparcial que fica garantido que a atuação dos indivíduos e da Administração se mantenham dentro de seus limites.

Dessa forma, o princípio da legalidade se identifica com o efeito vinculante na medida em que implica em interpretação regular e imparcial das leis.

A uniformidade, e a decorrente estabilidade, são argumentos que justificam a adoção do efeito vinculante para as decisões das cortes superiores. O efeito vinculante visa atingir o

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo*. Paz e Terra, 1986. p. 156.

⁴² SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 60

que Dworkin chama de “ideal das expectativas asseguradas”⁴³, no sentido de que, uma vez tomada uma decisão clara por um organismo autorizado por uma convenção e aceito que o conteúdo dessa decisão foi estabelecido em conformidade com as regras, esta deverá ser respeitada tanto pelos juízes e pela Administração Pública quanto pelos indivíduos membros da coletividade.

Ainda segundo o pós-positivismo, o efeito vinculante é algo inerente à própria idéia de sistema jurídico, decorrente dos princípios comuns, compartilhados pela coletividade, de justiça, equidade e devido processo legal.

A lei deve funcionar como equalizadora dos cidadãos, sendo aplicada a todos de maneira equânime. Assim, a adoção do efeito vinculante permite que se administre a justiça de modo regular e equitativo. O princípio da legalidade legitima o efeito vinculante na medida em que a este proporciona previsibilidade do significado das leis e dos resultados de sua aplicação.

Ressalte-se que ao se aplicar o princípio da legalidade há que se observar o princípio da igualdade, sob pena de que haja perda de efetividade de ambos.

O efeito vinculante é uma das formas de concretização do princípio da legalidade, corroborando a idéia de que ninguém está acima da lei, nem o juiz. Os dois institutos possuem, assim, íntima afinidade, na medida em que a adoção do efeito vinculante implica em interpretação regular e imparcial das regras públicas, dando origem ao que ficou conhecido como igualdade ou justiça formal.

4.2.1.2 *O princípio da igualdade*

O princípio da igualdade apregoa que os litígios judiciais substancialmente semelhantes deveriam ter decisões judiciais iguais, devendo os iguais ser tratados igualmente. A questão da igualdade remete a uma questão de justiça.

É cediço que toda norma jurídica oferece uma margem de discricionariedade na sua interpretação e aplicação, sendo o intérprete e aplicador da lei não um mero transmissor da vontade autônoma da mesma. A aplicação da norma requer atividade criativa, não havendo

⁴³ DWORNIK, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 147, *apud* SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2005. p. 80

como se falar que a tarefa de interpretar se resume ao mero juízo de subsunção lógica do fato à norma.

A interpretação e aplicação das normas exige que se proceda de modo justo e coerente. A necessidade de coerência não decorre da norma em si mesma, mas de um princípio externo a ela: o princípio da igualdade. Cabe ao intérprete a responsabilidade de organizar os juízos de justiça dentro dos quais irá pautar sua conduta.

O direito está intimamente ligado à justiça e ao que considerado social, moral e eticamente correto. A coerência que se exige para que uma decisão seja considerada justa deve ser baseada nos princípios públicos de justiça.

A exigência de coerência vale também para as decisões que virão a ser tomadas, sendo essa a base da legitimação do efeito vinculante com base no princípio da igualdade.

A adoção do efeito vinculante promove a concretização de um direito fundamental do homem, que é direito de ser tratado com igual consideração e respeito.

4.2.1.3 *O princípio democrático*

A democracia pode ser conceituada como um regime de governo no qual o poder de tomar importantes decisões políticas está com os cidadãos, direta ou indiretamente.

O conceito de democracia nunca foi uno, nem tampouco seu *status* de melhor forma de governo. Contudo, é pacífico que um modelo teórico ideal de Estado democrático pressupõe certos valores básicos, tais como a liberdade, a igualdade e a solidariedade social, servindo a democracia para a realização, na prática, dos valores de igualdade e liberdade.

Robert Dahl conceitua democracia como forma de governo capaz de proporcionar igualdade de voto, participação política dos cidadãos, entendimento esclarecido, exercício do controle de planejamento e inclusão dos indivíduos adultos.⁴⁴

Para ele, a igualdade de voto é decorrência direta do princípio da igualdade, enquanto que a participação política e a aquisição de entendimento esclarecido decorrem tanto da igualdade quanto da liberdade, vez que não há liberdade para a manifestação da opinião em igualdade de condições se não houver liberdade e oportunidade de aprender sobre o assunto

⁴⁴ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001, *apud* SILVA, Celso de A. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 111

em discussão. Já o controle do planejamento seria necessário para a efetividade de todos os outros aspectos, para que sejam postas em votação políticas que sejam do interesse de todos e não apenas de uma parcela da coletividade. A inclusão de pessoas capazes, por sua vez, corrobora com o critério anterior, visando garantir a proteção de todos os interesses presentes na coletividade, em conformidade com o princípio da igualdade.

Assim, democracia seria um autogoverno da sociedade – o que só é possível com o reconhecimento da igualdade e liberdade de todos os indivíduos.

O princípio democrático, conciliado aos princípios da legalidade e da igualdade, deve ser considerado legitimador do efeito vinculante quando se tem em conta sua função de reforçar o princípio da maioria – segundo a qual são consideradas decisões coletivas as aprovadas pelo menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão, vinculatórias a todo o grupo – e na medida em que reforça a função de auto controle judicial (*self restraint*), limitando a arbitrariedade que poderia ocorrer no Poder Judiciário, ao interpretar e re-interpretar uma mesma norma diversas vezes.

Conclui-se que a adoção do efeito vinculante nas decisões das cortes superiores é exigência de racionalidade e coerência, que se supõem inerentes a qualquer sistema jurídico.

5 SÚMULA VINCULANTE

5.1 A vinculação no Brasil

A tradição de serem seguidos entendimentos firmados por uma Corte superior, no Brasil, advém dos tempos de colônia portuguesa, época em que vigoravam no país os *assentos* portugueses.

O instituto dos *assentos* surgiu no direito português visando unificar a extensa jurisprudência do Reino, e, com isso, garantir o mínimo de segurança e certeza na aplicação do direito. Consistiam em decisões proferidas pelo Tribunal Superior com o fim de solucionar conflitos de jurisprudência. Tinham força de lei e eram previstos no direito português desde as Ordenações Manuelinas,⁴⁵ sendo extintos do ordenamento jurídico daquele país com a reforma do Código de Processo Civil, em 1995, e substituídos pelos “acórdãos para uniformização da jurisprudência”⁴⁶.

No Brasil, a uniformização da jurisprudência tomou forma através da instituição da “súmula de jurisprudência dominante”, prevista no Regimento Interno do STF em agosto de 1963. Posteriormente, a súmula de jurisprudência foi instituída no Código de Processo Civil de 1973, dotada apenas de caráter persuasivo.

No que tange à vinculação das decisões, não foi implementado no Brasil o instituto do *stare decisis*, apesar de ter sido adotado o modelo americano de controle de constitucionalidade. Preferiu-se compartilhar o controle difuso de constitucionalidade com o Senado Federal e, aos poucos, ir introduzindo o modelo de controle concentrado de constitucionalidade.

O parágrafo único do art. 28, da lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, prevê expressamente o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* das decisões sobre a constitucionalidade em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade:

⁴⁵ SIFUENTE, Mônica. *Súmula Vinculante – Um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 190.

⁴⁶ Código de Processo Civil português, art. 732-A.

“Art. 28. (...)”

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Já a lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, em seu art. 10, parágrafo 3º, por sua vez, garante tais efeitos às decisões em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

“Art. 10. (...)”

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

No controle difuso, a única possibilidade de ter a decisão efeito vinculante e eficácia *erga omnes* seria a questão constitucional ser sumulada, mediante decisão de 2/3 dos membros do STF, como será visto adiante

5.1.1 Limites do efeito vinculante

O efeito vinculante no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não advém do *stare decisis* americano, como era de se esperar, tendo em vista a tradição brasileira de adoção do controle difuso de constitucionalidade. O efeito vinculante somente foi introduzido no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 03/93, mas exclusivamente para os casos de controle concentrado, e, mais recentemente, pelo instituto da súmula vinculante.

Apesar de a eficácia *erga omnes* atingir a todos, não há vinculação dos atos futuros do Poder Legislativo, por falta de manifestação expressa da lei. Assim, nada impede que tal Poder venha a editar novo ato sobre o mesmo teor, já declarado inconstitucional através de controle abstrato ou sumulado pelo STF.

Caberá aos legitimados propor nova ADIn, com pedido de medida cautelar, visando a suspensão dos efeitos do novo ato normativo.

Contudo, não há impedimentos para que houvesse vinculação do legislador, com fundamento na supremacia da Constituição, que está acima dos poderes constituídos.

É assim, por exemplo, no Tribunal Constitucional português. Ao legislador de Portugal não é permitido constitucionalizar através de lei o que foi declarado inconstitucional pelo tribunal de Contas. Há um limite negativo geral vinculativo do legislador.

“Neste sentido se diz que a relação bilateral Constituição – lei se transforma numa relação trilateral Constituição – sentença – lei em que o parâmetro positivo da Constituição é mediado pela declaração judicial de inconstitucionalidade. A proibição abrange os casos de recuperação do conteúdo da lei declarada ilegal, embora com nova formulação. Estes limites não devem considerar-se, porém, eternos, pois poderá acontecer que uma lei constitucional (lei de revisão) venha a constitucionalizar a disciplina ou regime jurídico anteriormente considerado inconstitucional.”⁴⁷

No que tange ao Poder Executivo, a vinculação é total. Não poderá o administrador reeditar Medida Provisória, por exemplo, se outra contendo o mesmo teor for declarada inconstitucional.

Já o próprio Supremo Tribunal Federal encontra-se vinculado ao teor de suas decisões em processos objetivos, não podendo, em decisões futuras, deixar de seguir o precedente decidido em ADIN. Como ensina Canotilho,

“Vinculação geral e força de lei significa também a vinculação do Tribunal Constitucional às suas próprias decisões. Em termos práticos isso implica, sobretudo vinculação do próprio Tribunal Constitucional à decisão da declaração de normas, devendo decidir todos os recursos nele pendentes de acordo com essa declaração.”⁴⁸

Nada obsta, contudo, que o tribunal reveja suas próprias decisões, em outro processo objetivo, vez que há sempre a hipótese de modificação do entendimento acerca dos princípios constitucionais ou sua aplicabilidade a novos problemas.

O princípio normativo que deriva do pronunciamento efetuado no caso precedente deve ser respeitado pelas cortes inferiores. O desrespeito ao precedente vinculante acarretaria em afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal e possibilita aos afetados pelo desrespeito propor reclamação perante o STF com o fim de deconstituir esse desrespeito ao precedente.

É totalmente possível a revisão do precedente com o passar do tempo, tendo em vista a tensão existente entre a necessidade de estabilidade e previsibilidade do sistema jurídico e a demanda de adaptação às modificações sociais.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 1081

⁴⁸ Ibid. p. 1082

5.2 A súmula vinculante e sua regulamentação

A súmula vinculante está prevista constitucionalmente no art. 103-A, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004 e regulamentado pela lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Confira-se:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º. A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

É um instituto que representa a ligação entre decisões proferidas numa dimensão concreta e uma decisão proferida com caráter geral e abstrato. A essência da súmula vinculante está nessa transposição do concreto para o abstrato, com a eliminação dos fatores concretos das decisões anteriores que serviram de base para justificar a criação da súmula.

O parágrafo primeiro do artigo 103-A da CRFB define que será objeto de súmula reiteradas decisões sobre matéria constitucional, restringindo, dessa forma, o objeto das súmulas às decisões do controle difuso de constitucionalidade. O teor da súmula deverá ser matéria amplamente debatida nas instâncias ordinárias, visando combater a falta de previsibilidade das conseqüências pelos comportamentos assumidos pelos órgãos judiciais e da administração pública.

Para muitos doutrinadores, a adoção da súmula vinculante em nosso ordenamento contribui para o processo de generalização do controle de constitucionalidade, com a combinação entre os modelos difuso e concentrado.

Aproxima-se sobremaneira do instituto do *stare decisis* americano e dos *assentos* do Direito português. Assemelham-se na medida em que em todos há a preocupação exclusiva com casos concretos e a necessidade de fazer surgir, a partir de situações concretas, um princípio diretor que será aplicado em outros casos similares.

Alguns dos requisitos postos em lei para a aprovação da súmula vinculante são: a dúvida acerca da aplicabilidade da norma constitucional tem que ser atual, relevante no momento em que se decide pela criação da súmula; observância se há existência de reiteradas decisões no mesmo sentido; a controvérsia tem que envolver órgãos judiciários diversos ou um órgão judiciário e a Administração Pública, sendo que divergência só entre órgãos da Administração não permitirá a aprovação de súmula vinculante; para aprovação, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante exige-se *quorum* qualificado de dois terços, ou seja, 8 (oito) Ministros do STF, em sessão plenária; é necessário que a matéria objeto de discussão seja instalada em torno da interpretação de uma norma que esteja gerando insegurança jurídica, bem como haja multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Os pressupostos e requisitos para adoção da súmula com efeito vinculante são, portanto, traçados pelo art. 103-A da Constituição Federal e pela Lei 11.417/2006, devendo obedecer subsidiariamente ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no que tange ao o procedimento para sua edição, revisão e cancelamento.

De acordo com o supra citado parágrafo segundo, do art. 103-A, da CRFB, os legitimados para propor edição ou revisão de súmula são os mesmos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, quais sejam, o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB, o Congresso Nacional, o Defensor Público-Geral da União, partido político com representação no Congresso, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, os Governadores estaduais e do Distrito Federal e os tribunais superiores, os estaduais, federais, do trabalho e militares⁴⁹.

Aos Municípios restou a competência de alegar incidentalmente em um processo em que seja parte, a edição, revisão ou cancelamento de súmula, não se autorizando a suspensão do processo.

⁴⁹ Ordem conferida pelo art. 3º, da lei nº 11.417/06

No caso de descumprimento⁵⁰ da súmula vinculante, sendo esta contrariada ou aplicada indevidamente, previram o parágrafo terceiro do art. 103-A, da CRFB e o art. 7º, da lei nº 11.417/06, a possibilidade de reclamação judicial perante o Supremo Tribunal Federal – instrumento que impõe efetivamente as decisões sumuladas do STF.

5.3 Críticas à súmula vinculante

Cogita-se a hipótese de a adoção da súmula vinculante ferir alguns princípios constitucionais devido ao próprio caráter vinculante, como o livre convencimento do juiz, o princípio da legalidade e o da separação de poderes.

Há a falsa impressão de que a súmula vinculante diminuiria a capacidade do juiz de primeira instância de julgar o caso concreto de acordo com o seu livre convencimento motivado, tornando-se um mero aplicador de súmulas.

Nesse sentido, Lenio Luiz Streck alerta que:

"devemos refletir profundamente antes da aprovação de qualquer reforma em nosso sistema. Filiado à família romano-germânica, nosso sistema tem a lei como corolário. Ninguém nega que aos tribunais Superiores – em especial ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e ao Superior Tribunal de Justiça, unificador do direito federal –cabe a última palavra em uma ação. Porém, parafraseando o Juiz Dirceu Aguiar Cintra, se estes impedirem o juiz (ou os tribunais inferiores) de dar a primeira palavra, que nasce da dialética do cotidiano, da sangria da sociedade e do calor dos fatos, as discussões na base do Judiciário estarão imobilizadas! Então, do crime de hermenêutica da que falava Rui, ao crime de porte ilegal da fala (Bourdieu), faltará muito pouco!"⁵¹

Porém, não é o que se verifica.

Antes da edição da súmula, a matéria deve ser submetida a julgamento inúmeras vezes, até se pacificar o entendimento, não sendo mera imposição do STF aos tribunais e juízes inferiores e não atentando contra a liberdade do juiz.

⁵⁰ Considera-se descumprimento da súmula as ações ou omissões que de alguma forma contrariem, ignorem, neguem vigência, apliquem ou interpretem a súmula de forma indevida.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988. p.286.

Ademais, o juiz continua com liberdade para dirigir o processo e a atividade probatória, analisando o caso concreto e verificando se a súmula rege ou não o caso concreto em questão.

No que tange ao princípio da legalidade, este é um dos legitimadores do efeito vinculante em si. Afirma-se que a partir do momento em que se exige a obediência às súmulas, entende-se que estas teriam caráter de lei. Assim, a sociedade passa a ser regida não somente pelas leis, mas também pela jurisprudência sumulada, ferindo diretamente o princípio segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Além disso, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma determinada norma, por entender que ela é inconstitucional, mas uma súmula não poderia ser deixada de ser aplicada, mesmo que seja considerada inconstitucional pelo juiz. A súmula, então, passaria a ser uma lei superior a qualquer outra, inclusive às normas constitucionais, estando portanto o Judiciário acima dos outros poderes.

Cabe esclarecer que a lei é comando normativo formal, genérico e abstrato, que traduz o reconhecimento da vontade geral e expressão da soberania, diferentemente da súmula, que constitui a interpretação cristalizada da lei, não vai além desta, mas a supõe. Assim, a súmula ocupa uma posição intermediária entre a jurisprudência e a lei, pois, havendo alteração nesta, aquela tem que se adaptar. É o que dispõe o art. 5º, da lei nº 11.417/06:

“Art. 5º. Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.”

As súmulas não são lei, não tomam seu lugar, nem com elas competem. A criação jurisprudencial há de ser apenas interpretativa da lei. Se estiver em contraste com a lei não deve ser acatada. Mas se apenas a interpreta, estará o Judiciário na sua função legítima, não havendo que se falar em violação ao princípio da legalidade.

Há, ainda, o questionamento acerca do o princípio da separação de Poderes, no sentido de que o novo instituto confere ao Poder Judiciário competência para editar regras gerais e abstratas, sendo certo que tal poder escapa da sua função principal de aplicar a lei ao caso concreto, atingindo a competência própria do Poder Legislativo. Seriam os julgadores convertidos em legisladores, uma vez que a expressão da sua vontade teria força de lei.

Entretanto, verifica-se que as súmulas e as leis têm natureza jurídica distinta, conforme dito acima. Além disso, atualmente, no Estado Democrático de Direito, a separação de poderes é entendida como coordenação das atividades dos Poderes, que se interpenetram e se completam.

Sobre o novo papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito, esclarece Mônica Sifuentes:

“A crescente importância do Judiciário e da sua função criativa faz surgir questionamentos sobre a sua existência. Alguns autores consideram que essa criatividade poderia até mesmo desequilibrar a balança dos Poderes, colocando em risco a própria sobrevivência do Estado democrático, chegando, no limite, em uma verdadeira ‘ditadura do judiciário’ ou ‘governo de juízes’.

Por outro lado, há quem veja nesse novo paradigma de juiz um ‘guardião das promessas’, ou seja, uma agente social que tem como missão lembrar à humanidade e às pessoas comuns as promessas feitas, especialmente a promessa de vida e de dignidade.”⁵²

Os críticos do novel instituto alertam, ainda, para o perigo de ser sumulado um entendimento muito mais preocupado com a questão política do que com o social.

Alertam que o Direito atua dentro da sociedade, daí seu caráter político. E, como instância política, o Direito gera relações de dominação e submissão. Como não poderia deixar de ser, na tentativa de se chegar a um consenso, prevalecem os interesses dos setores que dominam as relações sociais. Assim, o papel de árbitro do poder Judiciário ficaria comprometido.

A possibilidade de serem sumulados entendimentos com teor mais político que jurídico ou social realmente existe. O instituto da súmula vinculante não está a salvo de falhas, uso inapropriado ou distorções. Contudo, os benefícios que poderá trazer pra o sistema jurídico brasileiro fazem valer o risco.

No Direito, faz-se absolutamente necessária uma política de resultados, em que o Estado-juiz desempenhe o papel de conceder em tempo razoável e de modo isonômico a cada um o que é seu. A súmula vinculante possui elementos para concretizar a celeridade processual, ao acelerar o julgamento de processos repetitivos e eliminar a proliferação dos mesmos, podendo transformar o STF em verdadeiro guardião da Constituição, e os juízes em promotores da igualdade perante o Judiciário.

⁵² SIFUENTE, Mônica. *Súmula vinculante – um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.73.

Dessa forma, o instituto da súmula vinculante é uma importante contribuição à celeridade processual e à efetivação dos princípios da igualdade, democrático e da segurança jurídica.

5.4 Súmulas vinculantes já editadas

As propostas de enunciado das primeiras súmulas vinculantes foram reunidas no processo nº 327.127/06 pela Comissão de Jurisprudência do STF. O referido processo foi desdobrado em oito por determinação da presidente do tribunal à época, ministra Ellen Gracie, tendo em vista a ausência de previsão na lei nº 11.417/07 sobre a manifestação inicial da Comissão de Jurisprudência do STF para a edição de súmula vinculante.⁵³

Assim, as três primeiras súmulas foram editadas na sessão plenária de 30.08.2007, na qual foram julgados os processos 327.879/07, 327.880/07 e 327.882/07. Já as súmulas nº 4, 5 e 6 foram aprovadas nas sessões de 30.04.2008, 07.05.2008 e 07.05.2008, no curso dos processos RE 565714/SP, RE 434059/DF e RE 570177/MG, respectivamente. Por fim, foram aprovadas recentemente mais quatro súmulas, nas sessões de 11.06.2008, 12.06.2008 e 18.06.2008, que ainda dependem de publicação no Diário de Justiça para que tenham validade.⁵⁴

Nota-se que os seis enunciados aprovados até 18.06.2008 versam sobre matérias amplamente debatidas no Judiciário e que continuam sendo objeto de inúmeros processos. Até o momento, a súmula vinculante vem cumprindo seu papel de cristalizar a jurisprudência do STF, com o objetivo de diminuir o número de processos sobre matéria idêntica que chegam ao tribunal.

A seguir, passa-se a analisar brevemente o teor das seis primeiras súmulas editadas.

5.4.1 Súmula vinculante nº 1

⁵³ Informações retiradas do Diário de Justiça nº 155, de 13.08.07, disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 15.03.2008

⁵⁴ Dados obtidos em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008

A primeira súmula vinculante, aprovada por unanimidade pelo Plenário do STF, na sessão de 30.05.2007, se dirige às decisões que desconsiderem acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/01, nos seguintes termos:

“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 do termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.”

O Supremo reconheceu definitivamente a validade dos acordos previstos na LC nº 110/01, realizados entre trabalhadores e a Caixa Econômica Federal para o recebimento, em parcelas, das diferenças relativas aos pagamentos feitos a menor das correções monetárias referentes ao Plano Verão, em janeiro de 1989, e ao Plano Collor, em abril de 1990.

Dessa forma, a Caixa Econômica Federal não poderá ser obrigada judicialmente a pagar correções em planos econômicos sobre o FGTS, nos casos em que já tenha feito acordo prévio com o correntista.

Foi ressaltado pela ministra Ellen Gracie o potencial do tema na multiplicação de processos:

“A aprovação, nesta Corte, de súmula que vincule, no tema, os demais órgãos do Poder Judiciário, especialmente os juizados especiais federais e respectivas turmas recursais de todo o País, justifica-se pelo efeito multiplicador que possui demanda dessa natureza, havendo cálculos, neste sentido, que estimam em trinta e dois milhões o número de correntistas do Fundo que aderiram ao acordo previsto no art. 6º da LC nº 110/01. Tratando-se de decisão financeiramente mais vantajosa ao fundiário aderente, que dá a ele o direito de correção integral do saldo do FGTS pelos índices reconhecidos no julgamento do RE nº 226.855-RS, não é difícil prever a possibilidade de ocorrência de uma explosão numérica, em todo o território nacional, de ações e recursos sobre essa mesma questão jurídica, já integralmente examinada e julgada pelo Plenário desta Corte em duas oportunidades: em sede cautelar, na AC nº 272, julgamento em 06.10.04 e, no mérito, no citado RE nº 418.918, julgado em 30.03.05, ambos de minha relatoria.”⁵⁵

Com a estimativa de que cerca de trinta milhões de trabalhadores tenham assinado acordo para receber a correção monetária em parcelas, é patente a pertinência da matéria sumulada, visando a coibir a interposição de quantidade astronômica de recursos idênticos.

A súmula vinculante nº 1 atendeu, assim, ao pressuposto de resolver situação de ações em quantidade sem precedentes, pacificando a jurisprudência, ao dispor que aqueles acordos

⁵⁵ Diário de Justiça nº 155, de 13.08.07, p. 21, disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante> >. Acesso em 15.03.2008

constituíram atos jurídicos perfeitos e não podem ser desconsiderados sem a devida ponderação das circunstâncias do caso concreto, ou seja, sem dilação probatória.

5.4.2 Súmula vinculante nº 2

A súmula nº 2 declara a inconstitucionalidade de lei estadual ou distrital que disponha sobre loterias e bingos, tendo em vista decisões reiteradas do Supremo determinando que é de competência privativa da União legislar sobre o tema⁵⁶, conforme apregoa o art. 22, XX, da Constituição Federal.⁵⁷

O enunciado da súmula é o seguinte:

“É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.”

Apenas o ministro Marco Aurélio votou contra a matéria. Para ele, não cabe à União disciplinar um serviço prestado por unidade da Federação. Ademais, a Constituição se refere, no art. 22, XX, a consórcio e sorteio, não sendo o serviço lotérico englobado por essas expressões. Confira-se o entendimento do ministro:

“É sabença geral constituir premissa básica do federalismo que somente à Constituição Federal cabe restringir a autonomia dos Estados membros. Resta saber: tem-se na previsão do inciso XX do artigo 22 da Carta da República abrangência a ponto de alcançar as loterias estaduais nas diversas espécies? A competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios apanha as loterias estaduais?”

(...)

Perceba-se o alcance do estrago que uma concepção centralizadora ocasionará. A loteria estadual, sempre revelada como serviço público e voltada ao amparo social especialmente dos menos afortunados, está em todos os Estados, sendo exceção única o do Amapá, no que o Chefe do Poder Executivo nos dois mandatos que antecederam ao atual, governador João Capiberibe, vetou projetos que visavam a regulá-la. Também não cabe, diante da modalidade “bingo”, distinguir essa espécie, considerando-a, quanto à normatividade e até mesmo à exploração, primazia da infalível atuação federal. A sorte lançada, para usar vocábulo pertinente à matéria, é ampla. Ou bem se conclui que a previsão do inciso XX do artigo 22 da Constituição Federal diz respeito a consórcios e sorteios, sem a abrangência a ponto de solapar o princípio - até hoje não colocado em dúvida -

⁵⁶ Precedentes: ADIn 3147/PI, ADIn 2996/SC, ADIn 2690/RN, ADIn 3183/MS, ADIn 3277/PB

⁵⁷ CRFB/88: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XX - sistemas de consórcios e sorteios;

consoante o qual ao Estado membro cumpre legislar sobre os próprios serviços públicos, ou, mitigando-se o federalismo, em concentração ímpar, não notada sequer no regime de exceção que precedeu os novos ares democráticos, a Carta de 1988, assenta-se a insubsistência, a ilicitude de toda a legislação estadual que até aqui foi observada, atribuindo-se à União legitimidade constitucional para legislar sobre a loteria estadual, essa espécie de serviço público. Este julgamento ganha, portanto, sentido maior, presentes quer as inúmeras ações em andamento contra leis de outros Estados, quer a sinalização ao Congresso Nacional, aos deputados e senadores, sobre o fidedigno alcance da Carta da República.”

A súmula vinculante nº 2 trata de tema que gerava inegável insegurança jurídica, tendo em vista o tratamento dissonante que vinha recebendo pelos tribunais do país, dividindo-se os juízes entre o entendimento sumulado e o explicitado pelo ministro Marco Aurélio.

5.4.3 Súmula vinculante nº 3

Já o enunciado da terceira súmula vinculante aprovada trata de assegurar que sejam respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mesmo quando se tratar de procedimento administrativo, no caso, perante o Tribunal de Contas da União. O texto tem o seguinte teor:

“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 o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”

O Tribunal de Contas manifestou-se sobre o texto do enunciado, propondo uma redação mais restritiva, por considerar “inviável o contraditório de servidores reflexamente afetados por determinações dirigidas aos órgãos, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, conselhos de fiscalização profissional etc. em processos de fiscalização e de prestação de contas”.⁵⁸

⁵⁸ Diário de Justiça nº 155, de 13.08.07, p. 21, disponível em < <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 15.03.2008.

Contudo, no fim, prevaleceu o entendimento segundo o qual “onde houver processo, há de haver a parêntese temática do contraditório e da ampla defesa”, nas palavras do ministro Carlos Britto.⁵⁹

5.4.4 Súmula vinculante nº 4

O enunciado da súmula vinculante nº 4 foi aprovado nos seguintes termos:

“Salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”.

Essa orientação foi firmada pelo Tribunal ao negar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afirmou a legitimidade do cálculo do adicional de insalubridade com base no salário mínimo. Declarou-se a não-recepção da expressão “salários mínimos” contida no *caput* do art. 3º da Lei Complementar nº 432/85 do Estado de São Paulo, e do § 1º do mesmo dispositivo legal.⁶⁰

Os ministros entenderam que os dispositivos impugnados estariam em confronto com a vedação prevista na parte final do inciso IV do art. 7º da CF⁶¹, reportando-se a vários precedentes da Corte⁶², que já haviam assentado que o sentido dessa proibição seria o de evitar o uso do salário mínimo como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se criasse empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorreriam, se admitida a vinculação.

5.4.5 Súmula vinculante nº 5

A súmula vinculante nº 5 tem o seguinte enunciado:

⁵⁹ Ibid. p. 22.

⁶⁰ LC 432/85, SP: Art. 3º - O adicional de insalubridade será pago ao funcionário ou servidor de acordo com a classificação nos graus máximo, médio e mínimo, em percentuais de, respectivamente, 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento), que incidirão sobre o valor correspondente a 2 (dois) salários mínimos.

§ 1º - O valor do adicional de que trata este artigo será reajustado sempre que ocorrer a alteração no valor do salário mínimo.

⁶¹ CRFB: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, (...), sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁶² Precedentes: RE 217700/GO, RE 236396/MG, RE 351611/RS, RE 284627/SP, RE 221234/PR

“A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

Tal enunciado foi aprovado ao ser dado provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que concedera mandado de segurança para anular a aplicação de penalidade, ao fundamento de ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, um servidor público.

Foi explicitado pelos ministros do STF que a doutrina constitucional vem ressaltando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, tendo o constituinte pretendido garantir uma pretensão à tutela jurídica. A pretensão à tutela jurídica, que corresponderia exatamente à garantia prevista no art. 5º, LV, da Constituição, abrangeria o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos apreciados pelo órgão encarregado de julgar.

Asseverou-se, ainda, que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação a processos judiciais e procedimentos administrativos, ressaltando-se que o Supremo, nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias, prevista, ainda, no § único do art. 2º, da lei nº 9.784/99.⁶³

⁶³ Lei 9.784/99: Art. 2º (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Contudo, foi feita menção a precedentes⁶⁴ nos quais ficou decidido que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade de processo administrativo disciplinar. Ademais, no caso concreto em exame, foi apontado que os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude.⁶⁵

5.4.6 Súmula vinculante nº 6

A súmula vinculante nº 6 consolidou o entendimento de que é possível o pagamento de soldo inferior a um salário mínimo ao indivíduo que presta serviço militar obrigatório, nos seguintes termos:

“Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”.

Segundo a maioria dos ministros,

“os recrutados para o serviço militar obrigatório exerceriam um verdadeiro *múnus público*, um dever do cidadão no tocante a sua pátria, e se submeteriam a treinamento militar, por tempo determinado, percebendo do Estado todas as condições necessárias para bem cumprir essa obrigação constitucional.”⁶⁶

Dessa forma, ficou decidido que não há ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana ou a outro postulado constitucional, como era questionado no recurso extraordinário nº 570177/MG, entre outros⁶⁷. Tal recurso extraordinário foi interposto contra acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Federal que, com base em enunciado de súmula do próprio Juizado, considerou constitucional o art. 18, § 2º, da Medida Provisória 2.215-10/2001, que possibilita o pagamento de soldo inferior a um salário mínimo a praça que presta serviço militar inicial obrigatório.

No julgamento do recurso, foi salientado que a aprovação da EC 18/98 suprimiu dos militares a qualificação de servidores públicos, passando a serem aplicadas as regras pertinentes ao regime jurídico dos servidores públicos aos militares apenas quando o texto

⁶⁴ Precedentes: RE 244027 AgR/SP, AI 207197/PR, MS 24961/DF

⁶⁵ Informativo do STF nº 505, de 14.05.2008, disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

⁶⁶ Informativos do STF nº 504, de 07.05.2008 e nº 505, de 14.05.2008, disponíveis em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

⁶⁷ Precedente: RE 198982/RS.

constitucional expressamente o prevê.⁶⁸ Afirmou-se, ainda, que a Constituição Federal não conferiu aos militares a garantia de pagamento nunca inferior ao salário mínimo, ao contrário do que ocorre com os trabalhadores urbanos e rurais, bem como os servidores civis⁶⁹, não havendo, assim, violação ao princípio da isonomia.

5.4.7 Súmula vinculante nº 7

A Súmula Vinculante nº 7, aprovada no dia 11.06.2008, tem a mesma redação da Súmula nº 648 do STF. Segundo ela, o parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal, um dispositivo que já foi revogado e que limitava a taxa de juros reais a 12%, tem sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar. Ou seja, determina que esse dispositivo da Constituição não é auto-aplicável.

Confira-se o enunciado:

“A norma do parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.”⁷⁰

A súmula vinculante nº 7 somente reforçou o posicionamento já pacificado do STF referente à aplicabilidade do dispositivo que dispunha sobre a limitação da taxa de juros reais a 12% ao ano.

5.4.8 Súmula vinculante nº 8

⁶⁸ CRFB/88: Art. 142 (...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

⁶⁹ CRFB/88: Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 39 (...)

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

⁷⁰ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

A súmula nº 8 declara inconstitucional a norma que estipulava prazo de dez anos para cobrança de débitos previdenciários, nos seguintes termos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.⁷¹

Os ministros decidiram modular os efeitos da súmula, impedindo sua retroatividade. Com isso, os contribuintes que não possuem ações em tramitação contestando o prazo de 10 anos não podem cobrar da Fazenda os valores já pagos.

De acordo com Ives Gandra Martins,

"a decisão do Supremo significa três coisas: as contribuições sociais só valem por cinco anos; quem não entrou com recurso antes da decisão só poderá pedir devolução de cinco anos de contribuições; para quem já entrou na discussão pedindo o dinheiro de volta, tem direito [a devolução] de dez anos".⁷²

Nota-se que, no intuito de não gerar uma série de novas ações contra os tributos já pagos ao Fisco, o Supremo acabou prejudicando os contribuintes que não contestaram e pagaram como previa a lei.

Por outro lado, a decisão é de grande relevância para os contribuintes em geral, por acabar com a insegurança jurídica que existia até o momento, com entendimentos contrários sendo adotados no Supremo e na Primeira Instância.

5.4.9 Súmula vinculante nº 9

A súmula vinculante nº 9 foi aprovada na sessão plenária de 12.06.2008, e trata da perda de dias remidos por falta grave e da constitucionalidade do artigo 127, da lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). Confira-se:

⁷¹ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 18.06.2008.

⁷² Disponível em : <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/24220/apos_17_anos_supremo_decide_que_fazenda_ nao_podia_efetuar_cobranca>. Acesso em: 18.06.2008.

"O disposto no artigo 127 da Lei 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58".

A cada três dias trabalhados, o preso tem direito à remição de um dia da pena a que foi condenado. De acordo com o artigo 127 da citada lei⁷³, os dias remidos são perdidos ou desconsiderados quando o condenado comete falta grave, passando a ser contado um novo período a partir da data da infração disciplinar.

A discussão girava em torno da suposta violação ao princípio da legalidade e das garantias da coisa julgada e da individualização da pena, ao serem perdidos os dias remidos. O Pleno do STF já havia se manifestado diversas vezes sobre o tema, reconhecendo a constitucionalidade do referido artigo.⁷⁴

5.4.10 Súmula vinculante nº 10

A décima súmula vinculante versa sobre o princípio constitucional da reserva de plenário, disposto no artigo 97 da Constituição Federal.⁷⁵ A reserva de plenário determina que, somente pelo voto da maioria absoluta de seus integrantes, os tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A súmula foi aprovada com o seguinte enunciado:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte.”

Na sessão de 18.06.2008, a ministra Ellen Gracie apresentou a proposta de enunciado da súmula, enviando ao Plenário o Recurso Extraordinário nº 580.108, que tratava da matéria.

O texto de súmula vinculante apresentado pela ministra foi aprovado com pequenos ajustes, após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 482.090, no qual era contestada pela União a decisão de uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça.

A decisão do STJ declarou inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/05, em benefício da empresa Labtec (Laboratório Foto-Digital e

⁷³ Lei nº 7.210/84 : Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

⁷⁴ Precedentes: RE 452994, HC 90107, HC 91084, HC 92791, AI 490228, AI 570188, AI 580259.

⁷⁵ CRFB/88: Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Comércio Ltda) e em prejuízo do princípio constitucional da reserva de plenário, uma vez que a questão não havia sido deliberada pela Corte Especial ou pelo Plenário daquela Corte.

A regra tributária declarada inconstitucional pelo STJ tratava sobre o prazo de prescrição para o contribuinte pedir a devolução de tributos pagos antecipadamente, sem exame prévio do Fisco.

6 CONCLUSÃO

A questão da legitimidade democrática de se atribuir efeito vinculante às decisões no controle difuso de constitucionalidade encontra-se longe de estar pacificada na doutrina constitucionalista brasileira.

Ao defender tal tese, procura-se não a edição de infinitas súmulas vinculantes, mas o fortalecimento da democracia através do controle de constitucionalidade difuso, possibilitando a guarda e defesa dos direitos fundamentais que devem ser respeitados em uma democracia, dando mais segurança jurídica às relações e fortalecendo o princípio da igualdade, bases de um Estado Democrático de Direito.

A súmula vinculante visa a assegurar um tratamento igualitário entre os jurisdicionados, a imparcial aplicação da lei, assegurando previsibilidade dos efeitos decorrentes dos preceitos normativos. Restringe, ainda, o arbítrio judicial, promovendo indiretamente o princípio democrático. Não retira a abstratividade da lei, somente impõe limites ao exercício discricionário do poder de julgar.

Ao contrário do afirmado por parte da doutrina, não viola os princípios da legalidade, da igualdade e democrático. Ao contrário, por eles se justifica.

Ao permitir que o STF se torne de fato o guardião da Constituição, diminuindo a quantidade de recursos extraordinários sobre matéria idêntica, a súmula vinculante ajuda a concretizar o ideal constitucional de um STF como tribunal que tem como função principal debater e decidir sobre os temas que tenham relevância social, sobre os temas constitucionais.

Há que se salientar que os princípios têm natureza de garantia dos indivíduos em face do poder do Estado. Assim, quando se debate a violação de princípios como igualdade e segurança jurídica, deve-se ter com conta que estamos tratando de garantias dos cidadãos de participarem de um processo que seja instrumento de efetivação de seus direitos.

Dessa forma, conclui-se que está mais de acordo com os interesses dos indivíduos a prolação de decisões uniformes e mais ágeis do que um processo que se arraste no tempo e dê soluções das mais variadas. O ordenamento jurídico deve ser um todo coerente, estável e constante para dar, com eficiência, resposta aos problemas humanos.

A súmula vinculante tem a capacidade de pacificar a jurisprudência sobre temas relevantes ligados à ordem constitucional. Não há razão para temer o cerceamento da

liberdade dos cidadãos nem da independência dos juízes, porque o acatamento a elas será, na verdade, acatamento a preceitos normativos legitimamente postos no ordenamento jurídico brasileiro, tanto quanto as leis. Ademais, quem emitirá esses preceitos será um órgão expressamente autorizado pela Constituição.

A conveniência da súmula não deve ser avaliada somente em relação à quantidade de feitos que ela certamente ajudará a diminuir, mas tendo em conta, também, a sua aplicação aos casos concretos. Assim, na área penal, por exemplo, não seria indicado o uso generalizado da súmula, devido às particularidades de cada caso. Ressalvada a discussão acerca da constitucionalidade da progressão de penas para crimes hediondos que comportaria um tratamento abrangente.

Já na área tributária, nas ações da Fazenda Pública e nas questões fiscais que têm no Estado o maior responsável pela grande quantidade de recursos que sobrecarregam os tribunais, o entendimento sumulado com efeito vinculante promoverá a celeridade processual constitucionalmente garantida, coibindo o atraso proposital no pagamento de prestações pecuniárias que certas vezes se observa, com a interposição de infinitos recursos, por parte do Poder Público.

É certo que para a solução do problema da lentidão da justiça brasileira, em primeira e segunda instâncias, outras iniciativas devem ocorrer, como por exemplo, a informatização dos processos, além de outros fatores como a estrutura, gestão, modernização e tecnologia, que são imprescindíveis a redução do congestionamento do Judiciário.

Sabendo-se que a própria Constituição se preocupa com a oferta de justiça em tempo razoável, está na contramão das necessidades de aprimoramento da tutela jurisdicional aquele que ataca a súmula vinculante. E, agora que as súmulas são uma realidade, cabe a todos nós conviver com elas, tentando tirar-lhes o melhor proveito, em consideração aos objetivos que motivaram a sua criação.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do Estado.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais – Garantia Suprema da Constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: Conceitos, sistemas e efeitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2. ed. São Paulo: Forense, 1995.

SIFUENTE, Mônica. **Súmula Vinculante – Um Estudo Sobre o Poder Normativo dos Tribunais.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Antônio Álvares da. **As súmulas de efeito vinculante e a complitude do ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2. ed. 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.

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