A estrutura normativa constitucional dos enunciados vinculantes do Supremo Tribunal Federal

The constitutional normative structure of the binding statements of the federal supreme court

Feliciano de Carvalho¹

Resumo

Os enunciados da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal são espécies de normas constitucionais. O Estado brasileiro está a aceitar o direito geral e abstrato desenvolvido não pelo Legislativo, mas por um tribunal como medida de aprimorar o Direito Constitucional. A criação de normas pelo Poder Judiciário é uma característica histórica e atual no direito comparado. A função da Súmula Vinculante como fonte de direito constitucional é compatível com a ordem jurídica brasileira. Reforça o direito à igualdade, as garantias da segurança jurídica, da razoável duração do processo, economicidade do acesso à Justiça e da guarda da Constituição Federal de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal. O direito criado por um tribunal decorre de uma necessidade lógica de aplicação das normas da espécie princípios. Os enunciados da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, como qualquer norma constitucional, servem de parâmetro de controle de constitucionalidade.

Palavras-chave: Súmula Vinculante. Norma. Constituição.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual Vale do Acaraú em convênio com a Fundação Escola Superior da Advocacia do Ceará. Professor de Direito Constitucional. Defensor Público Federal. Fortaleza/CE. Brasil. Email: felicianodecarvalho@yahoo.com.br

Abstract

The Binding Precedent statements of the Federal Supreme Court are type of constitutional norms. The Brazilian State is accepting the general and abstract law developed not by the Legislature, but by a court as a measure to improve the Constitutional Law. The creation of norms by the Judiciary Power is a historical and current feature in comparative law. The function of the Binding Precedent as a source of constitutional law is compatible with the Brazilian legal order. It reinforces the right to equality, the guarantees of legal certainty, the process reasonable length, the economical access to justice and the protection of the 1988 Federal Constitution by the Federal Supreme Court. The right created by a court comes from the logical necessity of apply norms type principles. The statements of the Binding Precedent of the Federal Supreme Court, as any constitutional norm, serve as a parameter of constitutionality control.

Keywords: Binding Precedent. Norm. Constitution.

Introdução

Tradicionalmente, no Brasil, a edição de enunciados sumulares consagra uma tese jurídica aceita por um tribunal predominantemente, de modo que agiliza julgamentos futuros, bem como confere previsibilidade sobre a posição do Poder Judiciário a respeito de determinado tema. Em vista do sistema jurídico europeu continental, as disposições sumulares jamais poderiam se impor aos demais juízes ou aos órgãos da administração. São adjetivadas como meramente persuasivas, de sorte que a inobservância das teses sumuladas não gera qualquer consequência, no máximo, a eventual reforma do julgado após a instauração da fase recursal.

Com o advento da súmula vinculante (SV) na Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 (EC nº 45/2004)² à Constituição Federal de 1988 (CF/88), estabelece-se uma ruptura com a teoria do direito sumular até então concebida no Estado brasileiro. Realmente, antes vista como uma recomendação, a súmula vinculante estabelece uma prescrição que deve ser

² BRASIL. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 31 dezembro 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

cumprida tal qual uma lei ou norma constitucional qualquer e com meio especial de efetivação caso não observada.

No início do século XXI, o Estado brasileiro adota a normatividade abstrata às teses constitucionais consagradas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário e Corte Constitucional, no sentido de uniformizar a interpretação da Constituição Federal de 1988 por quem detém tal competência em última instância, procedendo-se aos registros na sua Súmula Vinculante. Como se verá, existe resistência aos possíveis excessos de poderes conferidos ao Judiciário, no entanto, a atividade jurisdicional ao consagrar teses de precedentes para serem seguidas como se leis fossem não é uma novidade e nem uma característica exclusiva do sistema anglo-americano do *stare decisis*.

Pretende-se, assim, demonstrar o regime constitucional e infraconstitucional da Súmula Vinculante; aferir a sua compatibilidade com a ordem constitucional brasileira; comprovar a natureza jurídica de norma constitucional dos enunciados vinculantes editados pelo STF como uma consequência natural da aplicação de princípios normativos e que referidas normas sumulares servem de parâmetro de controle de constitucionalidade. Antes, tratar-se-á da inspiração histórica e comparada de se emprestar normatividade genérica às decisões judiciais.

1. O princípio do *stare decisis* e os assentos portugueses

O sistema jurídico do *common law*, representado notadamente pelos Estados Unidos da América do Norte, caracteriza-se pelo primado dos precedentes, conferindo-se papel secundário à norma legislada na hierarquia das fontes do direito. É intuitivo para os americanos que a interpretação da norma anterior em um caso concreto dispensa um novo sopesar para casos outros, em especial para resguardar a segurança jurídica e a igualdade em relação à aplicação legal. A razão, também denominada *holding*, extraída da interpretação da norma no julgamento anterior, deve se aplicar aos demais casos sobre a mesma questão; denomina-se princípio do *stare decisis* a força

que confere imperatividade geral e abstrata à *ratio* dos precedentes no sistema jurídico do *common law*. De acordo com a lição de Legarre e Rivera:

Así pues, retomando la definición brindada en la sección anterior de este trabajo, la regla de *stare decisis* puede reformularse en los siguientes términos más circunscriptos: es la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a la *ratio/holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía coordinada (*stare decisis* horizontal) o superior (*stare decisis* vertical)³. (Itálico original)

Nas linhas da doutrina do *stare decisis*, é evidentemente lógico seguir aquilo que já foi decidido anteriormente, em especial por órgão jurisdicional hierarquicamente superior. Assim, a norma cunhada pela atuação do Judiciário deveria se aplicar de maneira prioritária à própria lei. Em relação ao tema, anota Cappelletti:

Este insucesso e as acima lastimadas graves conseqüências de conflito e de incerteza foram evitados nos Estados Unidos da América, como também em outros Países do *common law*, em que vige o sistema de controle judicial 'difuso' de constitucionalidade. Ali vale, de fato – e ainda que com muitas atenuações das quais, porém, não é aqui necessário falar porque elas não negam a substancial validade de nossas presentes considerações – o fundamental princípio do *stare decisis*, por força do qual 'a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on lower courts in the same jurisdiction'. O resultado final do princípio do vínculo aos precedentes é que, embora também nas Cortes (estaduais e federais) norte-americanas possam surgir divergências quanto à constitucionalidade de uma determinada lei, através do sistema das impugnações a questão de constitucionalidade poderá acabar, porém, por ser decidida pelos órgãos judiciários superiores e, em particular, pela *Supreme Court* cuja decisão será, daquele momento em diante, vinculatória para todos os órgãos judiciários⁴.

É de se observar que a normatividade geral e abstrata inerente às decisões judiciais não se trata de algo totalmente avesso aos países do continente europeu. Realmente, os principais países da Península Ibérica desde a idade média fomentam o direito extraído a partir de decisões judiciais

³ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del "*stare decisis*". **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 33, n. 1, p. 109-124, 2006, p. 122. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007>. Acesso em: 10 mai. 2019.

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 80-81.

concretas para serem aplicados com abstração para os casos futuros sobre a mesma questão. Nesse sentido, leciona Batista Junior:

Encontram-se sementes da pretensão da vinculatividade jurídica, como instrumento de dominação ideológica, já no surgimento das *façanhas portuguesas* – juízo ou assento que se tomava sobre algum feito notável e duvidoso que servia de aresto a ser imitado em situações análogas, cuja origem espanhola (*fazañas y albedrios*) estava prevista no *Código de las Siete Partidas*. [...] Ainda no Século XIII, Dom Diniz de Portugal traduziu a Lei das Sete Partidas, iniciando um processo de uniformização interpretativa com vistas a privilegiar o binômio certeza-segurança no Direito lusitano. Em 1446, foram promulgadas as primeiras Ordenações, de lavra de Afonso V, compostas por cinco livros, dentre os quais o que tratava do processo civil. Em 1521, já com o Brasil descoberto, foram promulgadas novas Ordenações, agora de lavra de Dom Manuel, sendo lançadas as bases dos **assentos**, instrumentos da jurisprudência que, por se expressarem de modo geral, abstrato e impositivo, assemelhavam-se às normas gerais. Finalmente, em 1603, foram promulgadas as Ordenações de Filipe II de Portugal (*sic*), conhecidas como **Ordenações do Reino**, as quais criaram os assentos da Casa de Supplicação – Corte que funcionava como Tribunal Superior – com o escopo de uniformizar a interpretação legal, valendo como se leis fossem⁵. (Negrito original)

Nota-se que a ideia da súmula vinculante é compatível mais com os assentos que aparecem na Europa desde a idade média do que em relação ao *binding case* norte-americano decorrente do *stare decisis*. Como se verá em relação aos enunciados de Súmula Vinculante, o que se aplica não é o precedente anterior, mas a tese jurídica consagrada no registro sumular, tal qual o que era assentado por Portugal já no período medieval.

Em que pese a semelhança dos enunciados de Súmula Vinculante com os assentos ibéricos, é de se registrar a não adoção da tripartição dos poderes quando o direito judicial passou a ser normatizado na idade média. Nesse sentido, como não havia delimitação do exercício do poder em funções por órgãos distintos, nada impedia que a autoridade máxima do Estado, responsável por editar a lei, também julgasse casos concretos e que desse julgamento se extraísse lei para outros casos, como observou Mancuso:

⁵ BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da interpretação constitucional no Brasil**: um estudo retórico analítico acerca da adoção da súmula vinculante. Recife, UFPE, 2009. 187p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, 2009, pp. 88-89.

Impende realçar que, ao tempo das Ordenações Filipinas, o Rei, na condição de autoridade máxima, respondia, cumulativamente, pelas funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo, sendo assim compreensível que participasse também do poder legiferante, como se colhe deste fragmento, eloquente por seus próprios termos: 'O Rey he Lei animada sobre a terra, e pode fazer Lei e revogá-la, quando vir que convem fazer-se assi' (Livro III, título 75, 51, parte final). De outro lado, em ocorrendo que num caso concreto não houvesse *estilos e costumes* a reger a espécie, dever-se-ia, alternativamente, recorrer ao Direito Canônico ou às leis imperiais; remanescendo a lacuna, abria-se o ensejo para a solução do caso pela intervenção do Rei, que o dirimia pelas chamadas *decretaes*. Importante realçar que por meios dessas *decretaes* resolvia-se não só o caso concreto, mas – em virtude da incontestável Autoridade Real – outras situações análogas por ali ficavam também dirimidas: para tal, os desembargadores estavam autorizados a proceder *dessemelhante a semelhante*, assim, resolvendo também os casos afins [...] ⁶ (Itálico original)

Os assentos em Portugal desenvolveram-se junto com o direito até o século XX com o advento do Código Civil que os consagrou no Art. 2º como fonte jurídica e com força obrigatória geral, tal qual a Súmula Vinculante brasileira. Em outras palavras, o assento consistia no registro de tese jurídica aceita pela cúpula judiciária portuguesa com força de lei para outros casos semelhantes. Não obstante, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade da normatividade geral dos assentos prevista no Código Civil lusitano de 1966 no ano de 1993⁷. De acordo com Santos:

Ante o reconhecimento de tal natureza de norma jurídica, o Tribunal Constitucional admitiu que a emissão de assentos com 'força obrigatória geral' pelo Supremo Tribunal de Justiça consistia numa função legislativa atípica exercida por um órgão da função judiciária que, simultaneamente, por meio de uma autonomização das posições decisórias de suas sentenças prevê efeitos futuros extraprocessuais, consistia num ato legislativo que buscava invocar uma interpretação autêntica (e muitas vezes extrapolando o âmbito interpretativo, procedendo verdadeira inovação), objetivo este que encontra grave objeção no esquema de separação de poderes e demarcação das competências legislativas presente na Constituição portuguesa, ficando clara a plena inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil ao atribuir força obrigatória geral aos assentos do Supremo Tribunal, pois alça os assentos o *status* de autêntica fonte do direito em expressa violação ao texto constitucional que proíbe a inovação nos instrumentos normativos de caráter geral além dos já especificados

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 233.

⁷ BATISTA JUNIOR. Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da interpretação constitucional no Brasil: um estudo retórico analítico acerca da adoção da súmula vinculante**. Recife. p. 94.

pela própria Carta Política (numa verdadeira novidade de fonte legislativa por meio de lei ordinária)⁸.

É de se observar que além da experiência norte-americana do *stare decisis*, os países ibéricos muito antes admitiam o registro de teses jurídicas consagradas em julgamentos concretos para serem aplicadas em casos posteriores semelhantes. Não obstante, a experiência portuguesa entendeu inconstitucional a normatividade abstrata dos assentos, apesar da tradição de vários séculos. Com efeito, admitir-se a criação de normas jurídicas gerais e abstratas pelo Poder Judiciário configuraria usurpação indevida de função legislativa. Tratar-se-ia de ofensa ao princípio básico da separação de poderes, bem como ao devido processo legislativo.

Sem embargo da rejeição lusitana à força geral e abstrata decorrente do Poder Judiciário, o constitucionalismo brasileiro consagrou o inverso na EC nº 45/2004. É natural, desde já, questionar se os fundamentos que inconstitucionalizaram os assentos em Portugal poderiam ser aplicados à Súmula Vinculante brasileira. Existem pelo menos duas distinções essenciais: a previsão brasileira decorre da Constituição Federal de 1988, fruto do poder de reforma, e não de uma lei infraconstitucional tal como o Código Civil; no Brasil, quem detém a competência para editar enunciado na Súmula Vinculante é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e que também é a Corte Constitucional. Mas, antes de se firmar posição sobre a compatibilidade da EC nº 45/2004 com a CF/88, deve-se demonstrar o regime constitucional e infraconstitucional da Súmula Vinculante na ordem jurídica.

2. O regime constitucional e infraconstitucional

Os enunciados de Súmula Vinculante não foram contemplados pelo Poder Constituinte originário de 1988. A previsão veio pelo Poder Constituinte derivado reformador nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004. A reforma constitucional objeto de tal emenda incidiu sobre o Poder Judiciário em temas polêmicos, como a criação do Conselho Nacional de Justiça e da própria

⁸ SANTOS, Luís Elias Miranda dos. Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 2, p. 1.383-1.423. 2014, p. 1.399.

Súmula Vinculante. A respeito desta, a citada emenda incluiu o Art. 103-A ao texto da Constituição Federal de 1988 com a seguinte redação:

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.

Como se vê, trata-se de uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, de modo que nenhuma outra corte poderá editar enunciados de súmula com natureza vinculante. Igualmente, de acordo com a norma inovadora, não será qualquer tema tratado pelo STF que poderá ser objeto de Súmula Vinculante. O STF poderá atuar de ofício ou por provocação, mas será necessário o consenso de pelo menos dois terços dos ministros que o compõe, o que configura o mínimo de oito ministros. Em adição, também é requisito a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. É de se atentar que compete ao STF editá-la, mas só poderá fazê-lo em relação às matérias constitucionais. Realmente, o STF cumula atribuições recursais, originárias e de uma típica corte constitucional, nos termos do Art. 102 da Constituição Federal de 1988. A respeito, observa Vainer:

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DOU, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 mai. 2019.

Ademais, além de competências 'não constitucionais' originárias, por assim dizer, possui também o Supremo competências recursais, como o habeas corpus, mandado de segurança, o habeas data e os processos que contenham como matérias os crimes políticos, bem como o recurso extraordinário, sendo este último decorrente do controle difuso de constitucionalidade, conforma analisado anteriormente. Verifica-se que, nos moldes estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal possui como competência originária a função de guardião da Constituição. Nesse ponto, o Tribunal Maior brasileiro realmente exerce a função de Corte Constitucional¹⁰.

Consigna a Constituição Federal de 1988 que, a partir da publicação na imprensa oficial, o enunciado da súmula terá eficácia vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, federal, estadual e municipal. A eficácia vinculante significa sujeitar o entendimento consagrado na súmula ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo; é dizer, obrigatoriamente, a tese jurídica aceita pela Corte Constitucional vai além do que simplesmente formalizar uma posição para impor-se como se tratasse de ato normativo equiparado à lei abstrata e geral. Apesar de não existir uma previsão constitucional de eficácia *erga omnes* à Súmula Vinculante, é equívoco entender que só deverá ser observada pelo Judiciário e pela Administração (Executivo), pois tais poderes deverão seguir o entendimento sumular quando estiverem a tratar dos interesses de qualquer pessoa nas funções típicas e atípicas.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o objeto da Súmula Vinculante será a validade, a interpretação e eficácia de normas determinadas, quando presente controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração Pública a ensejar grave insegurança jurídica e considerável multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Independente da lei regulamentadora, a CF/88 assegura aos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade a possibilidade também para requerer a aprovação, revisão ou cancelamento do verbete de

¹⁰ VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 197-271, jul-dez. 2009, p. 248.

Súmula Vinculante. Referidas pessoas estão elencadas no Art. 103 da CF/88, a saber: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador Geral da República, Governador de Estado e do Distrito Federal, Mesa de Assembleia Legislativa e da Câmara Distrital, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

Igualmente, a CF/88 já previu que no caso de descumprimento de Súmula Vinculante será cabível reclamação ao STF para, em caso de acolhimento, anular o ato administrativo que contrarie o enunciado vinculante ou cassar a decisão judicial insubordinada, bem como determinar a expedição de outra decisão, com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006 veio para regulamentar o Art. 103-A da Constituição Federal de 1988, de modo que traça as diretrizes infraconstitucionais da súmula vinculante, além de ter alterado a Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, disciplinadora do processo administrativo federal naquilo que importa à aplicação do enunciado jurisprudencial compulsório. A Lei nº 11.417/2006, em suma, dispõe sobre a edição, revisão e cancelamento dos enunciados de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

O legislador ordinário ampliou o rol de legitimados a requerer a edição, revisão ou cancelamento de SV em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade. De fato, também deterá legitimidade o Defensor Público-Geral da União, atualmente denominado Defensor Público-Geral Federal, de acordo com a Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994; os Tribunais Superiores; os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais; os Tribunais Regionais do Trabalho; os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares; por fim, município, mas com a ressalva de que a comuna só deterá legitimidade em relação às matérias decorrentes de processos nos quais seja parte, de modo que será incidental ao feito sem possibilidade de, por si só, suspender o curso do processo judicial. O Procurador-Geral da República, quando não for

proponente do processo de súmula vinculante, deverá ser ouvido como fiscal da constituição, como dispõe o Art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006.

Prevê o Art. 3º, § 2º, da Lei nº 11.417/2006 que o relator – Presidente do STF pelo Regimento Interno¹¹, Art. 354-A – poderá admitir nos processos de SV a participação de terceiros por decisão irrecorrível, o que resguarda a possibilidade de contraditório. Com efeito, ressalva-se pela previsão o elemento fundamental do processo, haja vista que o resultado da SV irá interferir em toda sociedade, notadamente porque irá criar uma norma equiparada às normas constitucionais.

Sobre o momento de início de eficácia da SV, tem-se que o efeito vinculador em relação aos demais órgãos judiciais e à Administração Pública é imediato, não obstante, é possível a modulação dos efeitos no que tange à abrangência e ao momento, consoante prescreve o Art. 4º da Lei nº 11.417/2006:

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público¹².

É possível identificar falta de técnica na norma quando impõe que a decisão de modulação de efeitos se dê por dois terços, haja vista que é o mesmo quórum de aprovação natural para a edição, revisão ou cancelamento de uma SV. Em resumo, o quórum de dois terços de aprovação da modulação não se trata de um quórum qualificado, já que se trata do igual parâmetro de aprovação ordinária.

Na hipótese de modificada ou revogada a lei na qual se fundou o enunciado da SV, o STF de ofício ou por provocação poderá proceder à revisão ou ao cancelamento, conforme o caso, de acordo com o Art. 5º da Lei

¹¹ BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

¹² BRASIL. **Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 20 dezembro 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

nº 11.417/2006. De mais a mais, o Art. 6º da Lei nº 11.417/2006, expressamente determina que a mera proposta de SV não autoriza a suspensão de processos nos quais se discute a mesma matéria.

A peculiaridade do enunciado de SV é a sua normatividade abstrata e geral, tal qual se tratasse de uma nova *lei* produzida pelo Supremo Tribunal Federal, eis que se impõe aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta de todas as esferas da federação. Por se tratar exclusivamente de matéria constitucional, os enunciados da SV irão compor o bloco de constitucionalidade brasileiro, isto é, irão representar normas de índole constitucional que por todos devem ser observados e em sintonia com a CF/88.

Discutiu-se a respeito da constitucionalidade das súmulas vinculantes. O parâmetro constitucional potencialmente infringido pelo enunciado sumular seria, primordialmente: o Art. 2º e o Art. 5º, II, da CF/88, que estabelecem os Poderes da União, harmônicos e independentes; e que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Complementa-se com a limitação material imposta ao Poder Constituinte derivado reformador, prevista no Art. 60, III e IV da CF/88, que expressa não admitir reforma constitucional que seja tendente a abolir o princípio da separação de poderes, bem como abolir direitos e garantias fundamentais.

De fato, ao conferir ao Supremo Tribunal Federal competência para editar enunciados normativos vinculantes para todos os juízes e para a Administração Pública, materialmente idênticos a uma prescrição legislativa, estar-se-ia a sobrelevar o STF em relação aos demais poderes. Com efeito, além de aplicar a lei ao caso concreto, o Judiciário também criaria leis e, veja-se que não se trata de qualquer lei, mas de leis constitucionais.

Igualmente, o Poder Constituinte prescreveu que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ora, enunciados produzidos por um tribunal ontologicamente não são lei, logo, seria incompatível atribuir às prescrições judiciais normatividade abstrata e obrigatória a todos.

Em adição, sustenta-se a inconstitucionalidade da SV por interferir na livre e independente atuação dos juízes que seriam prerrogativas constitucionais extraídas das garantias da magistratura previstas no Art. 95 da Constituição Federal de 1988, bem como do princípio do juiz natural constante no Art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88. É dizer, para que o magistrado atue com a devida imparcialidade, não se poderia impor ao mesmo, de maneira compulsória, entendimentos oriundos de um tribunal. Ao defender a inconstitucionalidade da SV, disserta Rocha:

Como acabamos de ver, no modelo de democracia adotado pela Constituição brasileira, o Poder Judiciário como um todo e o Supremo Tribunal Federal, em especial, não têm poderes para editar normas gerais e abstratas obrigatórias para todos os órgãos públicos e a população, função reservada pelo constituinte originário à lei, isto é, ao legislador democrático. Assim procedendo, o constituinte derivado, que é poder constituído, criou uma confusão de poderes normativos, violando o princípio fundamental da 'separação de poderes' estabelecida pelo constituinte originário, no artigo 60 § 4º, inciso III. Reformou, pois, princípio supremo da Constituição, por isso mesmo, matéria cuja revisão é objeto de proibição absoluta, usurpando o poder do constituinte originário. Em verdade, alterar princípio supremo da Constituição, importando em mudança de sua identidade, constitui não revisão, mas instauração de uma nova ordem constitucional¹³.

A simples súmula persuasiva, pelo fato de autorizar o julgamento monocrático de recursos no âmbito dos tribunais, muito antes da EC nº 45/2004 que estatuiu a SV, foi objeto de crítica por invasão de competência legislativa por Streck:

Dito de outro modo: ao editar uma súmula, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passam ter poder maior que o do legislador, pois, primeiro, 'legislam', ao conceberem a interpretação 'correta' de determinada norma; depois, quando existe discordância de tal interpretação, no bojo de qualquer processo em qualquer unidade da federação, tal discordância é impedida de prosperar, pela exata razão de que o relator negará seguimento ao recurso 'que contrariar, nas questões predominantemente de direito', Súmula do respectivo Tribunal'. E não se diga que a exceção constante nas expressões 'nas questões predominantemente de direito' teria o condão de impedir o vício, pela simples razão de serem inócuas, visto que, pela própria Súmula nº7 *sic* do Superior Tribunal de Justiça, repetindo o teor da Súmula 279 do Pretório Excelso, 'a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'. Ou seja, se as questões não forem 'predominantemente de direito', o recurso não terá guarida por outra razão que não o da contrariedade

¹³ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 95.

ao disposto na Súmula do Tribunal Superior (Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça).¹⁴

A despeito dos questionamentos sobre a sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, muito mais frequentes nos primeiros anos após o advento da EC nº 45/2004, a verdade é que a SV é constitucional. Afirma-se a constitucionalidade, pois, quem poderia declará-la inconstitucional em última instância seria o Supremo Tribunal Federal, sendo que referido tribunal já aprovou dezenas de enunciados de SV. Como guardião da Constituição Federal de 1988, o STF poderia – como pode qualquer órgão jurisdicional – zelar pela observância das normas constitucionais e inclusive declarar de ofício a inconstitucionalidade de ato normativo como a EC nº 45/2004, caso a entendesse incompatível com a CF/88. No entanto, a partir do instante no qual o STF concretiza a EC nº 45/2004, de modo a produzir os enunciados compulsórios, que para serem aprovados demandam o consenso de pelo menos dois terços dos ministros, resta evidente que a Suprema Corte entende constitucional a atribuição.

Por se tratar de comando vinculante, a partir do instante no qual o STF admite a constitucionalidade da EC nº 45/2004 no que tange às súmulas compulsórias, os demais órgãos do Poder Judiciário estão impedidos de realizar o controle difuso da EC nº 45/2004, na parte referente à SV. A razão é lógica, pois se os demais juízes estão vinculados ao entendimento da tese sumular, não poderão, por postura própria, negar-se a aplicá-la, pois do contrário será cabível reclamação ao STF. Realmente, as possíveis inconstitucionalidades são aparentes, sendo os enunciados compulsórios, ao revés, compatíveis com os valores e princípios estatuídos na CF/88.

À evidência que a EC nº 45/2004 não poderia atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para baixar uma norma constitucional quando bem entendesse, de modo a invadir as competências não só dos demais poderes, mas do próprio Poder Constituinte derivado reformador. De fato, inexistente tal liberdade ao STF, porquanto a edição dos enunciados de presunção limites constitucionais. Como visto, além da aprovação qualificada, é condição

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 164.

para edição da SV a existência de controvérsias constitucionais. Isto quer dizer que o STF, como Corte Constitucional, pacifica conflitos constitucionais de maneira que, quando registrar reiteradas decisões sobre dada matéria, poderá, então, fixar a tese vinculante na súmula. Não se trata de competência legislativa típica, mas da fixação de uma interpretação que representa um aprimoramento da norma constitucional depois de reiterada análise. Em verdade, a SV é uma norma abstrata e geral que necessariamente deve estar dependente de algum dispositivo da CF/88. No entanto, diante de processos repetitivos sobre uma dada questão, exigir-se-á pacificação por parte da Corte Constitucional, sendo certo que a paz será ótima com a fixação da tese compulsória.

Realmente, a edição da SV sobre a matéria constitucional decorrente de reiteradas decisões conduz a uma eficiente pacificação, haja vista que irá resguardar o direito fundamental à igualdade. É inadmissível que conflitos idênticos recebam respostas jurisdicionais diversas. Da mesma forma, é desrespeito à sociedade admitir-se tratá-la de maneira desigual a depender do juiz de primeiro grau que venha a apreciar a causa, bem como se o processo conseguirá subir à instância final de resolução. Não há ofensa ao princípio da legalidade, pois o STF não edita uma lei, mas fixa uma tese de jurisprudência constitucional que sem dúvida é equiparada a uma lei constitucional, mas que tem natureza e pressupostos de aprovação diversos. Na igual circunstância em que a sociedade é sujeita às decisões do STF no controle abstrato que não se confundem com a lei, também estará sujeita à SV sem que haja ofensa ao princípio da legalidade, porquanto se trata de atividade típica de uma Corte Constitucional. Sobre o ponto, escrevem Bochenek e Dalazoana:

É verdade que a força obrigatória das súmulas quanto à interpretação nas situações análogas futuras torna-as, em certo sentido, similares aos preceitos emanados do órgão legislativo, na medida em que projetam efeitos gerais e abstratos. Contudo, não há ofensa à separação de poderes. Primeiramente, não é novidade que o STF cria direito por força da própria aplicação e interpretação da Constituição. No entanto, os processos de criação do direito apresentam características próprias, e os limites impostos ao STF são maiores e mais restritivos. O verbete da súmula apenas sintetiza a essência do entendimento reiterado e consolidado na jurisprudência do STF sobre determinada matéria. Há correlação entre o enunciado da súmula e o substrato jurisprudencial originário. Dessa forma, a materialização das súmulas vinculantes em verbetes linguísticos não

os torna produto da atividade legislativa nem ofende a separação de poderes¹⁵.

De outro lado, o Poder Constituinte derivado previu a possibilidade de defasagem ou superação do enunciado sumular ao permitir a sua revisão ou cancelamento a qualquer tempo, mas desde que conte com a aprovação de pelo menos oito ministros do STF. No mesmo sentido, a técnica de decisão do *distinguishing* autoriza a não aplicação da SV quando presentes peculiaridades do caso concreto que justifiquem o tratamento diferenciado.

Sobre as vantagens da SV, observa-se que ela também consagra a garantia fundamental da razoável duração do processo, pois diante do entendimento sumulado, já se sabe a resposta que será dada pelo Judiciário. Deveras, diante da louvável previsibilidade do resultado, contribui-se para a não propositura de demandas judiciais quando já se souber que a pretensão contraria a tese fixada pelo STF de modo compulsório. É de se observar, aliás, que a produção normativa judicial configura uma necessidade em vista da estrutura dos princípios constitucionais.

3. Princípios e normas judiciais

O direito manifesta-se por diversas formas. As decisões judiciais são espécie de manifestação jurídica. No entanto, não se olvida que uma forma de conferir segurança ao direito é prescrevê-lo em documentos escritos. Com a escrituração jurídica, a sociedade restou prevenida de arbítrios, pois se sabe – pelo menos se pretende saber – onde localizar e, assim, conhecer o direito.

Sem embargo, com a evolução do Estado constitucional para o Estado neoconstitucional ou pós-positivista, ganhou destaque uma nova decomposição dentro do direito escrito, a saber: as normas jurídicas seriam o gênero do qual as regras e os princípios seriam as espécies. É dizer, as normas jurídicas podem ter estruturas diversas e dessa diversidade a aplicação e a previsibilidade do direito demandariam análises específicas.

¹⁵ BOCHENEK, Antonio César; DALAZOANA, Vinicius. Supremo Tribunal Federal: aprimoramento das funções da justiça e good governance. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, ano 3, v. 5, p. 114-141, maio-ago. 2013, p. 135.

Numa síntese, as regras jurídicas seriam prescrições mais precisas, ao passo que os princípios consubstanciaríamos em mandamentos normativos mais genéricos. As regras são aplicadas ou não, já os princípios podem ser gradativamente aplicados, conforme as circunstâncias concretas. A propósito da questão, escreve Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão¹⁶.

Noutro momento, assevera Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é¹⁷.

Sobre o ponto, atenta-se para a concepção de princípios como *mandamentos de otimização que podem ter aplicação graduada a depender das possibilidades fáticas e jurídicas*¹⁸. A respeito da distinção entre regras e princípios, destaca-se primordialmente o critério em relação ao modo de aplicação e solução de conflitos/colisões, consoante anota Alexy¹⁹:

Em determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. pp. 42-43.

¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. pp. 92-94.

cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. [...] As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser revolvada de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Não é correto afirmar que aplicar uma regra sempre demandará um processo interpretativo mais simples do que interpretar uma norma-princípio. Com efeito, a norma-regra pode ser estruturada com conceitos jurídicos indeterminados ou elementos normativos que exijam do intérprete uma valoração concreta do enunciado, conforme já advertia o próprio Dworkin:

Palavras como 'razoável', 'negligente', 'injusto' e 'significativo' desempenham freqüentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que a sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a (própria) regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra²⁰. (Itálico original)

A questão central da distinção entre regras e princípios diz respeito ao fato dos fenômenos regulados por normas principiológicas admitirem diversas formas de aplicação, ao passo que as relações jurídicas regidas por regras não admitem a imprecisão de como a ordem jurídica será aplicada. Em síntese, as questões fáticas e jurídicas irão influenciar consideravelmente a intensidade da incidência normativa dos princípios, tanto que na eventual colisão entre princípios, os resultados interpretativos serão diversos a respeito de qual norma-princípio irá prevalecer, a depender das condicionantes concretas. Já em relação às regras, o dever abstratamente previsto já delimita a incidência da mesma, de maneira que nesse caso as circunstâncias fáticas irão servir apenas para verificar se estão preenchidas as premissas de subsunção. Até

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 45.

mesmo quando uma regra contiver termos imprecisos, uma vez delimitado o termo, a sua aplicação não terá as possíveis gradações que são inerentes aos princípios. Nesse sentido, observa Cachichi:

Destarte, verbere-se que, na condição de normas, tanto princípios como regras no âmbito deôntico estatuem o *dever-ser* que ordena, proíbe ou permite. Porém a norma-regra é cumprida quando, ocorrido no mundo fenomênico o fato por ela previsto, tem-se também a consequência jurídica decorrente; descumprida em caso contrário. Note-se que a aplicação da regra exclui considerações outras não autorizadas, diversamente dos princípios. O mandamento de princípio realiza-se, como se pressente, tomando em consideração elementos não previstos: limites fáticos (possibilidades reais existentes) e jurídicos (possibilidades jurídicas existentes); [...] Justamente em função disso a norma-princípio admite diferentes medidas de cumprimento conforme mencionadas possibilidades. Princípios como o da liberdade, da igualdade, do direito à saúde e outros encontram delimitação não só na realidade social e econômica, como também na jurídica²¹. (Itálico original)

Em vista de que as condicionantes fáticas e jurídicas irão graduar o peso da aplicação normativa de um princípio, o intérprete não poderá prescindir do dever de ponderação para que a ordenança normativa tenha a incidência adequada e necessária. Do contrário, estar-se-á a abusar do direito ou a negar a correta proteção jurídica ao bem objeto de tutela da norma-princípio. Nas palavras de Ávila:

A caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma **ponderação**. A ponderação trata exatamente das possibilidades fáticas, das quais depende a concretização dos princípios. É que se há dois princípios em relação de tensão, o meio escolhido deve ser aquele que melhor realize ambos os princípios. Isso só será possível, se o meio escolhido for adequado e necessário à realização do fim perseguido. Daí a conclusão: as possibilidades fáticas de realização dos princípios implicam o dever de adequação e de necessidade. Se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido. E das possibilidades normativas resulta a necessidade de proporcionalidade

²¹ CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 1-11, maio-ago. 2009, pp. 5-6.

em sentido estrito: se o meio escolhido para a realização de um princípio significar a não-realização de outro princípio, ele é vedado, por excessivo²². (Negrito original)

A par dessas considerações sobre as normas jurídicas e a sua decomposição em regras e princípios de relevante aceitação, cumpre tecer a correlação necessária com o tema objeto de análise. Realmente, a criação e aceitação da SV é uma consequência necessária de uma ordem normativa composta por enunciados estruturados como princípios.

A partir do instante em que a ordem jurídica constitucional protege direitos por princípios normativos, admite-se que a incidência de tal norma constitucional será variável, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas que demandem a aplicação da disposição. Nesse passo, como já demonstrado, é necessário que o intérprete proceda a uma ponderação que reflita a adequação e a necessidade da intervenção normativa. Uma ponderação descuidada irá desproteger o bem jurídico objeto de tutela ou, no outro extremo, permitirá uma intervenção desnecessária ou inadequada, de modo ofender direitos das partes envolvidas.

Não há dúvida de que no caso de conflitos ou disputas de interesses que sejam regidos por princípio normativo, caberá ao Poder Judiciário pela inafastabilidade e inevitabilidade da Jurisdição dizer a resposta ao caso concreto. Isto é, um juiz irá proceder à ponderação da disputa com as circunstâncias concretas para bem aplicar a norma-princípio em questão, o que evidencia a miscigenação inevitável do que é estritamente jurídico para uma ideia política de construção normativa. Em relação ao tema, anota Diniz:

O pacto constituinte originário resolve a tensão entre as várias exigências e demandas sociais, fruto das mais variadas tendências e multifárias opções políticas no exato instante em que se vê positivado o Texto Constitucional. Entretanto, o dia-a-dia mostra que a intensidade e a extensão dos princípios acolhidos pelo constituinte frequentemente se resolvem na atividade jurisdicional, daí estar o Poder Judiciário, mais do que nunca, sendo chamado a resolver grandes disputas jurídicas com nítido impacto político²³.

²² ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001, pp. 11-12.

²³ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Modelo constitucional de processo e tutela jurisdicional efetiva. **Revista Jurídica da FIC**. Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 9-17, jun-dez. 2005, p. 10.

Chega-se, assim, à problemática: diante de casos semelhantes, indaga-se se os juízes, ao aplicarem uma norma-princípio constitucional, irão proceder ao mesmo raciocínio de ponderação, de sorte a interpretar a constituição igualmente a todos quando presentes determinadas circunstâncias concretas? Ainda que exista uma prevalência de posicionamento, diante do princípio do livre convencimento dos magistrados, será provável que a constituição seja aplicada de modo diverso na sociedade, mesmo quando for o caso de julgamento de casos com o mesmo pedido e causa de pedir.

A única forma de evitar a existência de decisões desiguais é vincular os juízes sobre certas ponderações que sejam estabelecidas pelo intérprete final da constituição que, no Brasil, trata-se do Supremo Tribunal Federal. Em outras palavras, as normas-princípio potencialmente permitem, pela própria estrutura do enunciado, vários graus de incidência. Tal circunstância admite que elas sejam aplicadas de várias maneiras, haja vista que os juízes são livres para analisar os fatos que serão postos ao respectivo julgamento, mas diante de casos semelhantes, referida possibilidade infringe o direito fundamental à igualdade, pois permitirá tratamento constitucional diverso para casos idênticos. De mais a mais, também ofenderá a garantia fundamental à segurança jurídica. A adoção da SV mostra-se o remédio adequado para evitar a ofensa ao texto constitucional, conforme explanado.

De fato, sobre um determinado conflito a respeito de um princípio constitucional, deve-se privilegiar a ponderação que já tenha sido feita pelo STF em detrimento do livre convencimento de um juízo monocrático ou de um tribunal inferior. Primeiro, pois é o STF o guardião final da Constituição Federal de 1988; a questão seguirá a posição do STF caso a parte prejudicada gaste tempo e dinheiro com recursos até a Corte Constitucional; por fim, se deve perseguir a estabilidade jurídico-constitucional em respeito à igualdade, à segurança jurídica, à razoável duração do processo, a diminuição de demandas com questões repetitivas e à economia dos custos jurisdicionais.

Assim, a SV é uma consequência necessária de uma ordem normativa que contemple princípios constitucionais, já que, diante das variadas formas de aplicação do princípio, pelo menos para os casos reiterados, faz prevalecer a

ponderação adotada pelo STF sobre o conflito. De mais a mais, faz preponderar não a posição de um tribunal qualquer, mas a posição do guardião da constituição que consagra a tese sumulada pelo voto de dois terços dos ministros.

É de se atentar que não é da tradição brasileira o respeito aos precedentes tal como concebido pelo sistema do *common law*, assim, em boa hora foi criada a SV para resguardar o fiel tratamento ao texto constitucional, conforme a interpretação do protetor final. Pondere-se, ainda, que os juízes não estão alijados em relação ao livre convencimento, pois irão julgar as demandas como bem lhes aprouver; apenas estarão vinculados sobre a interpretação da constituição prestigiada por pelo menos oito ministros dos onze que compõem a Corte Constitucional brasileira. A tese sumular obedece à seguinte equação: problema X + norma constitucional = enunciado de Súmula Vinculante. Dessa forma, se outro for o problema, justifica-se não observar a súmula compulsória.

De mais a mais, é possível que os magistrados fundamentem o motivo pelo qual se recusam a seguir a orientação da SV, de sorte a apontar elementos fáticos ou jurídicos especiais que distinguem o caso concreto dos reiterados processos que serviram de pressuposto para a edição do enunciado compulsório. No mesmo sentido, sempre será possível a revisão ou cancelamento da tese sumulada, conforme o devido processo legal estabelecido na lei infraconstitucional nº 11.417/2006.

Como se vê, a existência dos princípios constitucionais fez necessária a possibilidade de se impor a ponderação feita pelo STF sobre questões constitucionais reiteradas, pois, do contrário, viver-se-ia uma caos jurídico-constitucional, haja vista que os magistrados iriam aplicar a CF/88 de modo variado com nítido desprestígio do Poder Judiciário e da ordem jurídica. Deveras, não há como explicar a improcedência de uma pretensão constitucional quando o vizinho ou o amigo próximo obtém a procedência em um caso idêntico. Diante das diversas possibilidades de aplicação normativa de um mesmo princípio constitucional, a SV resguarda a coerência da ordem jurídica. Certamente, ela não seria necessária – ou não tanto – caso só

existissem regras, nas quais a prescrição normativa é bem mais delimitada, mas como a realidade é outra, a SV veio como medida adequada para preservar a ponderação constitucional sobre princípios realizada pelo intérprete final da Constituição Federal de 1988.

4. Parâmetro de controle

As teses consagradas nos enunciados de Súmula Vinculante são normas jurídicas gerais e abstratas. Assim, devem ocupar algum degrau da escala normativa na qual se estabelece uma hierarquia de validade, de modo que as normas inferiores devem ser compatíveis com as superiores que eventualmente lhes servem de fundamento de validade material e formal. Dessa forma, não há dúvida de que os enunciados terão o patamar constitucional.

A SV é espécie de norma constitucional não prevista no texto formal da Constituição Federal de 1988, de maneira que irá compor o bloco de constitucionalidade brasileiro. Isto quer dizer que descumprir uma prescrição de SV se equipara a descumprir uma disposição da constituição em si. De fato, descumprir a norma sumular pode ser considerado até mais grave do que descumprir uma norma da própria constituição, haja vista que o descumprimento da SV autoriza – de acordo com o regime constitucional e da Lei nº 11.417/2006 – a impetração de reclamação constitucional diretamente no Supremo Tribunal Federal para garantir a autoridade da tese da súmula. Tal franquia não ocorre em relação às demais normas constitucionais, que deverão ser resguardadas pelos meios processuais comuns.

Na hipótese de uma lei infraconstitucional ir de encontro à tese jurídica da súmula vinculante não será possível o manuseio da reclamação que deve ter por objeto atos concretos, não obstante, referida lei será inconstitucional por ofender a norma hierarquicamente superior estabelecida na súmula. Em tal circunstância, a SV poderá servir de parâmetro de controle de

constitucionalidade abstrato, no entanto, deverá ser conjugada com a norma constitucional do texto codificado que lhe serviu de base.

Com efeito, os enunciados da SV são o aprimoramento de uma norma constitucional que admite várias formas de aplicação. É dizer, a norma de SV é constitucionalmente indireta, pois se depreende do texto codificado na CF/88. Assim, caso um ato normativo seja promulgado em ofensa à tese jurídica da SV, referida lei poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade na qual o parâmetro de validade violado será o enunciado sumular conjugado com a norma constitucional codificada que lhe serviu de inspiração. Na ordem jurídica constitucional brasileira mostra-se impossível conhecer o conjunto de normas constitucionais sem considerar os enunciados de Súmula Vinculante, daí a inserção das teses consagradas na jurisprudência do STF com tal *status* no bloco de constitucionalidade brasileiro.

Conclusão

Os enunciados de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal formam um grupo de normas constitucionais especiais. Realmente, prescrevem direitos e deveres de maneira geral e abstrata como qualquer lei votada pelo Poder Legislativo. Como restou consignado, não se trata de ofensa à tripartição de poderes ou ao princípio da legalidade, mas de atribuição constitucional relevante outorgada ao tribunal que faz as vezes de corte constitucional no Brasil.

Igualmente, o STF deve observar os requisitos estabelecidos na CF/88 e na legislação para exercer referida competência normativa-constitucional. A despeito das críticas, a edição dos enunciados vinculantes é compatível com uma série de direitos e garantias constitucionais, tais como o princípio da igualdade, o da segurança jurídica, o da razoável duração do processo, além da guarda constitucional pelo STF e de fomentar previsibilidade e economicidade nas relações processuais.

Restou demonstrada que a existência de textos normativos da espécie princípios, em face da gradação inerente ao seu modo de aplicação, reclama um processo concretizador por parte do Judiciário como consequência natural

de sua estrutura normativa. A existência de enunciados vinculantes, isto é, das normas jurídicas construídas pelo Poder Judiciário, é a forma mais segura de se resguardar a integridade da ordem jurídica constitucional, notadamente a igualdade e a segurança jurídica. Ademais, por ser espécie de norma constitucional, o enunciado da SV cumpre o papel principal da sua autoridade normativa, especificamente o de servir de parâmetro de controle de constitucionalidade de atos concretos e abstratos, ainda que tenha que ser conjugada com a norma do texto constitucional codificado que lhe serviu de inspiração.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DOU, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>
Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 31 dezembro 2004. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 20 dezembro 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm>. Acesso em: 10 mai. 2019.

_____. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno/>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

BATISTA JUNIOR, Edil. **O Supremo Tribunal Federal e o monopólio da interpretação constitucional no Brasil**: um estudo retórico analítico acerca da adoção da súmula vinculante. Recife, UFPE, 2009. 187p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, 2009.

BOCHENEK, Antonio César; DALAZOANA, Vinicius. Supremo tribunal federal: aprimoramento das funções da justiça e good governance. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 3, v. 5, p. 114-141, maio-ago. 2013.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. **Revista de Direito Público**, Londrina, v, 4, n. 2, p. 1-11, maio-ago. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. Modelo constitucional de processo e tutela jurisdicional efetiva. **Revista Jurídica da FIC**. Fortaleza, v. 3, n. 6, p. 9-17, jun-dez. 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del “*stare decisis*”. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 33, n. 1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007>. Acesso em: 10 mai. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTOS, Luís Elias Miranda dos. Súmula vinculante e o instituto dos assentos: seu sentido normativo e o problema da liberdade judicial. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, a. 2, n. 2, p. 1.383-1.423. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 14, p. 197-271, jul-dez. 2009.