

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RENAN COLOMBO DE SOUZA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES

CRICIÚMA-SC

2018

RENAN COLOMBO DE SOUZA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.^a. Ma. Débora Ferrazzo.

Criciúma

2018

RENAN COLOMBO DE SOUZA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 12 de julho 2018.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Prof. Ma. Débora Ferrazzo.

Prof. Dr. Lucas Machado Fagundes

Prof. Me. Mateus Di Palma Back

Dedico este trabalho àqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação. Em especial, à minha família pelo apoio e amparo necessários.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à Deus, pela oportunidade de viver e por permitir que esse momento fosse possível. À família, pela compreensão e apoio dispendido nas situações em que mais precisei, além de querer (tanto quanto eu) que essa conquista fosse alcançada. Agradeço, em especial à minha mãe, por toda a dedicação e carinho e, ao meu pai, pela motivação e seriedade, enfim, pela educação que me deram e por não deixarem que nada me faltasse. À minha esposa, Andressa, que ao longo desses nove anos sempre esteve ao meu lado, e nas situações mais difíceis nunca deixou de prestar o apoio, incentivo e encorajamento necessários e, por todo o carinho, os quais me fizeram seguir em frente. Por fim, agradeço a professora Débora Ferrazzo que, sem hesitar, aceitou o encargo de me orientar demonstrando dedicação na docência, sem falar da paciência em suprir as minhas dificuldades.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King

RESUMO

Propõe-se no presente trabalho verificar a controvérsia constitucional das súmulas vinculantes frente as disposições da Constituição Federal de 1988, face aos princípios constitucionais da separação dos poderes e da legalidade, bem como os possíveis excessos do Supremo Tribunal Federal na edição das súmulas vinculantes. Será estudado se esse órgão do Poder Judiciário estaria, sobremaneira, ultrapassando outros preceitos constitucionais, analisando-se se o Tribunal ao editar as súmulas vinculantes possa estar usurpando competência legislativa. Para o presente trabalho serão analisadas as controvérsias entre a aprovação da emenda constitucional n.º 45/2004, no que tange ao Instituto da Súmula Vinculante, analisando-se os posicionamentos conflitantes na doutrina constitucionalista.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n.º 45/2004. Súmula Vinculante. Controvérsia Constitucional.

ABSTRACT

This paper proposes the task of verifying the constitutionality of binding precedents in relation to the Federal Constitution of 1988, in view of the constitutional principles of the separation of powers and legality, as well as the eventual excesses of the Federal Supreme Court in the edition of binding precedents. It will be studied if this body of the Judiciary would be in excess, overcoming other constitutional precepts, analyzing if the Court when editing the binding precedents may be usurping legislative competence. For the present work will be analyzed the controversies between the approval of constitutional amendment n.º 45/2004, regarding the institute of the binding precedent, analyzing the conflicting positions in the constitutionalist doctrine.

Key-words: Constitutional amendment n.º 45/2004. Binding Precedent. Constitutional Controversy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	12
2.1 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	13
2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO	18
2.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL	25
3 ORIGENS DA SÚMULA VINCULANTE E RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	30
3.1 A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NOS SISTEMAS <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i>	31
3.2 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO E A SÚMULA VINCULANTE NA TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	38
3.3 REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE	44
4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE: CONTROVÉRSIAS DO INSTITUTO	52
4.1 A RELAÇÃO ENTRE AS SÚMULAS VINCULANTES E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARA INCONSTITUCIONAL	53
4.2 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS AO INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL	58
4.3 SÚMULAS VINCULANTES N. ° 13, 24 e 56: EXCESSO OU EXERCÍCIO REGULAR DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL?	65
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

Sob a alegação da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere e uníssona em favor do jurisdicionado alterou-se o texto constitucional, por meio da emenda constitucional n. ° 45/2004, acrescentando-se o art. 103-A à Constituição Federal, portanto, em vista do dispositivo alhures permitiu-se que Supremo Tribunal Federal editasse súmulas vinculantes, matéria esta que restou devidamente regulamentada pela Lei n. ° 11.417/06.

Com a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal poderia estar-se impondo força cogente ao preceito interpretativo por ele editado (súmula vinculante), característica que não se verifica nas leis editadas pelo Poder Legislativo. Assim, ante a controvérsia, estudar-se-á os possíveis excessos de atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício de suas atribuições, a fim de verificar se foi respeitado o equilíbrio entre os poderes.

Neste sentido, a presente pesquisa se dedicará ao estudo do Instituto da Súmula Vinculante verificando-se a sua constitucionalidade frente ao conteúdo material da Constituição Federal de 1988.

É necessário verificar se o Supremo Tribunal Federal ao editar as súmulas vinculantes tem cometido usurpação de competência legislativa, eis que há a imposição da interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que tal efeito não se depreende nas leis editadas pelo Poder Legislativo, além do que se não for respeitado o conteúdo disposto no enunciado, é cabível reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal para que se faça cumprir a sua determinação sobre a matéria sumulada.

Assim, diante do aparente superempoderamento do Poder Judiciário, por meio da edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, é pertinente uma discussão acerca de tais prerrogativas concedidas a este órgão do Poder Judiciário, uma vez que se faz necessário no sistema jurídico adotado pelo Brasil, qual seja, o *civil law*, que a imposição de deveres e obrigações, bem como os direitos, advenham da lei, por meio do Poder Legislativo cuja função típica é legislar, diferentemente das atribuições típicas do Judiciário.

A metodologia empregada no desenvolvimento desse estudo consistirá na abordagem dedutiva, com técnica de consulta a fontes indiretas, especialmente referências bibliográficas – doutrinas, estudos em dissertações, artigos de periódicos entre outros – e documentais legais, ocupando-se de legislações, jurisprudências e algumas súmulas, para a identificação de informações e posicionamentos favoráveis ou não acerca do Instituto da Súmula Vinculante.

O presente trabalho tem por objetivo verificar a compatibilidade entre o Instituto da Súmula Vinculante, frente a ordem constitucional vigente, principalmente no que diz respeito aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Para isso, confrontar-se-á o Instituto da Súmula Vinculante com os limites materiais estabelecidos na Constituição Federal. Será ainda, estudado acerca da aplicação dos preceitos interpretativos no que se refere aos sistemas jurídicos da *common law* e sua adequabilidade ao sistema *civil law* (adotado no Brasil), ou seja, se os preceitos daquele sistema têm a mesma efetividade do sistema adotado no Brasil.

Além disso, estudar-se-á o Instituto da Súmula Vinculante, desde suas origens históricas, bem como a sua inserção no sistema jurídico brasileiro que se deu com a aprovação da emenda constitucional n.º 45/2004. Para atingir a finalidade que a presente pesquisa se propõe, será analisado os pressupostos estabelecidos no art. 103-A da Constituição Federal, que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal editar súmulas vinculantes, bem como será feito um estudo da Lei n.º 11.417/06, a qual instituiu os requisitos para a criação de uma súmula vinculante.

Por fim, serão analisadas as súmulas vinculantes n.º 13, 24 e 56 a fim de verificar os possíveis excessos presentes nos enunciados que possam ter sido cometidos pelo Supremo Tribunal Federal, os quais podem configurar a inconstitucionalidade desses preceitos à luz da ordem constitucional.

No primeiro capítulo será estudado acerca do surgimento do constitucionalismo e sua importância no ordenamento jurídico. Após, será discutido sobre os modelos do Estado de Direito e o Estado Democrático e as contribuições desses dois sistemas para o modelo de Estado Democrático de Direito que é pressuposto basilar do Estado Brasileiro. Em seguida serão analisados o princípio da separação dos poderes, a supremacia constitucional e o papel do Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a atuação do Supremo Tribunal

Federal com guardião da Constituição Federal de 1988. Por fim, será estudado o princípio da legalidade e seu papel na ordem constitucional.

No que se refere ao segundo capítulo desse estudo, analisar-se-á as principais características dos sistemas da *common law* e da *civil law*, sendo que daquele é que vem a maior influência para o instituto das súmulas vinculantes, eis que se baseia no direito consuetudinário, enquanto que no sistema da *civil law*, o principal meio de imposições de obrigações aos indivíduos é oriundo da lei escrita. Nesse capítulo também será verificado acerca do surgimento da súmula vinculante e a sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, e sua introdução no Direito Brasileiro (pós Constituição Federal de 1998), por meio do Poder Constituinte Derivado, bem como a possibilidade de ser declarada inconstitucional uma emenda à constituição. E, ainda, serão estudados os requisitos constitucionais e infra legais para a aprovação de uma súmula vinculante.

Por fim, no derradeiro capítulo desse trabalho será verificada a relação das súmulas vinculantes em face da possibilidade de o Senado Federal atribuir eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade decididas pelo Supremo Tribunal Federal por meio da via incidental, analisando se o Instituto da Súmula Vinculante pode ou não suprir a possível inefetividade do Senado Federal, no que tange em retirar a eficácia jurídica de uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ante a atuação incidental. Além do que serão verificadas as controvérsias doutrinárias acerca do Instituto da Súmula Vinculante, finalizando-se o estudo com a análise dos enunciados n.º 13, 24 e 56, verificando-os a fim de identificar possíveis excessos, ou ainda, o exercício regular de atuação jurisdicional por parte do Supremo Tribunal Federal.

2 BASES JURÍDICO-POLÍTICAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No decorrer da história se fez necessário a positivação do Direito em um corpo normativo de leis, o qual pudesse conferir segurança à sociedade através da restrição dos poderes conferidos ao Estado, tendo por pressuposto a limitação das arbitrariedades que eventualmente esse Estado pudesse cometer contra o cidadão. Sendo assim, surgiu o modelo de Estado de Direito, cuja característica era a estruturação e organização do Estado de acordo com as disposições estabelecidas no corpo normativo, além de limitar a atuação do Estado de acordo com os parâmetros definidos em lei.

Posteriormente, houve a necessidade de afirmar um texto normativo que servisse de base para a elaboração de novas leis, com isso o constitucionalismo ganhou força, pois além de o Estado ter o dever de estar estruturalmente organizado, por meio de normas que limitassem o seu poder, essas leis deveriam estar organizadas em um texto que serviria de parâmetro para a formalização de outras leis. O que, se justificou também pela necessidade de proteção dos direitos individuais frente a atuação irrestrita do Estado.

Entretanto, apenas a afirmação do Estado de Direito não se mostrou suficiente, razão pela qual houve ascensão do modelo do Estado Democrático, superando a ideia estática de organização do Estado mediante a positivação do Direito em um texto legal normativo, dando ênfase a um modelo de Estado Democrático que ressaltasse a soberania popular.

Nesse contexto, originou-se o modelo de Estado Democrático de Direito, criando um novo conceito através do que se romperam as limitações de cada modelo (Estado de Direito e Estado Democrático), captando as ideias centrais de cada um deles, isto é, a organização estruturada do Estado e os valores democráticos, respectivamente. Com isso, o modelo de Estado Democrático de Direito consubstanciou-se na concepção de uma sociedade livre em que o poder emana do povo, devendo ser exercido por meio dos representantes por este escolhido e em prol da sociedade.

2.1 CONSTITUIÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em primeira análise, deve-se atentar ao surgimento do constitucionalismo, o qual é consubstanciado pela necessidade de formalização, em especial, das leis, bem como de determinados conteúdos em um texto legal normativo reunido em uma constituição, conforme se procurará demonstrar.

A noção de Constituição como se conhece atualmente possui duas acepções, sendo elas a formal e a material, esta se consolida na organização da sociedade, enquanto aquela denota a organização jurídica ou normativa de um Estado. Não se olvida que na antiguidade já havia, de certa forma, um Estado organizado, contudo, o modelo formal de Constituição como se conhece, encontrou afirmação no final do século XVIII. Sendo assim, com a Carta Magna Inglesa de 1215, juntamente com os modelos norte-americano e francês, configuraram os pilares do constitucionalismo moderno. As revoluções, americana de 1776 e a francesa de 1789 demarcaram o momento inicial do constitucionalismo moderno cuja principal característica esteve intimamente ligada à limitação da atuação do Estado frente às garantias de direitos individuais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 41-43).

Assim, o constitucionalismo diz respeito a um movimento político e jurídico cuja finalidade é a formalização de um regime constitucional capaz de limitar o poder de atuação do próprio Estado. Nesse caso, afasta-se a total soberania do Estado em detrimento do cidadão, sendo dever daquele atuar nos limites estabelecidos nas constituições escritas. Esse modelo vai de encontro ao absolutismo, no qual a vontade do governante sempre prevalecia sobre as demais vontades (CHIMENTI; et. al., 2006, p. 5).

Por essa razão, tem-se que o constitucionalismo tem a função de limitar o poder, impondo regras para o direito de agir do Estado, dividindo as funções estatais e garantindo direitos fundamentais à sociedade. Assim, a presença de um Estado estruturado de maneira organizada, bem como as limitações trazidas pelo texto constitucional, acaba por deslegitimar a existência de um Estado totalitário. Sendo que, sem essas limitações, as transformações existentes no Estado teriam suas origens baseadas no uso da força, razão pela qual a limitação do poder através da

formalização de um regime constitucional cuja base consista na positivação do direito, de modo geral, importa em maior segurança à sociedade, pois há a limitação das arbitrariedades do Estado (ABBOUD, 2018).

No mesmo sentido explica Barroso (2015):

[...] o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de *Estado de Direito*. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado (BARROSO, 2015, p. 65). Grifo no original.

Sendo assim, com vistas ao surgimento do constitucionalismo, a função de uma Constituição dentro de um ordenamento jurídico se consubstancia no estabelecimento de regras para o convívio social, definindo a organização do Estado, por meio de normas positivadas e, além dessas questões, a Constituição também tem a função de tornar expressos os direitos fundamentais da população dentro de um Estado.

Outrossim, no conteúdo de uma constituição se verifica o sentido político, o qual diz respeito a um ato de poder soberano que tem por escopo a estruturação mínima de um Estado, definindo, então, a titularidade do poder, bem como a forma com a qual esse poder será exercido, além de definir as regras de direito individuais. No que tange ao sentido formal de uma Constituição, este diz respeito às normas jurídicas que se situam em posição hierarquicamente superior em relação com outras normas (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 2-3).

Ricardo da Cunha Chimenti; et. al (2006, p. 2) destaca que, a Constituição em sentido jurídico-material corresponde aos elementos essenciais formadores de um Estado, definindo a forma pela qual se dará a divisão interna de um Estado, assim como a divisão e a estruturação entre os poderes nele existentes, aduz ainda que a Constituição é a norma fundamental que dá concretude à organização do Estado e reputa válidas as leis por este editadas.

Vislumbra-se, então, que a Constituição é a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito agregando função estrutural importante, caso em que estabelece as regras definidoras dos direitos fundamentais do indivíduo e a limitação do direito de agir do Estado.

Com efeito, a Constituição define os elementos dentre os quais integram um Estado, estabelecendo a forma de sua estruturação, o sistema de governo e a divisão dos poderes que o compõe, assim como os direitos e garantias individuais, entre outros elementos (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 3).

Assim, a força normativa da Constituição diz respeito às normas fundamentais para o exercício do direito dentro de uma coletividade, consubstanciada por princípios que regulamentam procedimentos que devem ser adotados com a finalidade de garantir direitos fundamentais e com fito de estabelecer uma ordem jurídica e social estruturada.

Desta feita, a força normativa de uma Constituição deve ser vislumbrada como um todo, pois não se pode dar força normativa para apenas parte do texto constitucional. Trata-se, portanto, de uma unidade dotada de força normativa, não havendo que se falar que em determinada parte do texto diga respeito a uma carta política e outra como protocolo de intenções. Portanto, a Constituição deve ser interpretada e cumprida em todos os seus termos frente à atuação de quaisquer dos poderes da República (NERY JUNIOR; ABOUD, 2017).

De outro turno, em certo momento histórico, mas certamente antes do surgimento do constitucionalismo, houve a necessidade de se positivizar o direito¹ em normas jurídicas, razão pela qual começou a ganhar força o modelo do Estado de Direito, que tinha como ponto central a formalização das normas jurídicas em textos normativos. Esse modelo preocupava-se em estabelecer os limites de atuação do Estado e também da população, limitações tais que eram regulamentadas por meio de leis, as quais deveriam ser seguidas pela sociedade, sendo que estas eram formuladas pelos poderes do Estado. Vislumbrava-se, portanto, que no período em que vigia tão somente o modelo de Estado de Direito existia uma prevalência do legislador sobre a figura do julgador, havendo maior aplicação literal da lei em detrimento da melhor solução do conflito frente ao caso concreto. Dessa forma, não

¹ Sobre o positivismo jurídico impende destacar o posicionamento de Kelsen (1998, p. 12-16) em sua obra denominada de Teoria Pura do Direito, segundo o autor, a ideia da força normativa de uma lei consiste na sua edição por uma autoridade que detenha atribuição para tal desiderato e, sendo desta proveniente, a norma reputa-se válida e deve ser aplicada e cumprida sem que se faça juízo de valor de seu conteúdo, se é boa ou ruim, mas apenas válida por ter sido criada por meio da autoridade a quem competia legislar. Dessa forma, para o autor, não se deve valorar a norma, apenas aplicá-la, eis que é objetivamente válida, pois foi constituída pela autoridade competente.

havia a possibilidade da ponderação de princípios, figurava, portanto, o entendimento de que a lei era pressuposto de uma vontade geral da população (CLÈVE, 2014a).

Com efeito, nas Constituições regidas pelo modelo de Estado de Direito, verificava-se a submissão do Estado à lei, sendo esta editada por meio do Poder Legislativo. Além disso, havia também nesse modelo de Estado, a divisão dos poderes consubstanciada na independência e harmonia entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (SILVA, 2014, p. 115).

Enquanto que no modelo de Estado de Direito há fundamental importância da lei escrita verificando-se, sobretudo, a submissão do Estado para com a lei. De outra sorte ocorre no Estado Democrático, pois a principal característica desse modelo é o dever de respeito à soberania popular.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2014, p. 119-121) explica que o modelo de Estado Democrático se baseia na participação popular na coisa pública, dando concretude aos princípios fundamentais assecuratórios de direitos da pessoa humana contrapondo à ideia de Estado Liberal. Portanto, há nesse modelo a presença de valores da democracia sobre todos os elementos que constituem o Estado. A seu turno, o modelo de Estado Democrático de Direito, previsto no texto constitucional de 1988, tem-se que não decorre única e exclusivamente da união dos modelos de Estado de Direito e Estado Democrático. Essa fusão cria um novo conceito que abrange elementos importantes de cada qual, superando suas limitações, sobressaindo apenas à organização do Estado, mas qualificando-o quando passa a difundir os valores democráticos e os fundamentos da ordem jurídica sobre o próprio Estado, portanto, consiste em uma sociedade livre cujo poder emana do povo, devendo ser utilizado em favor deste, pelos representantes que vierem a serem escolhidos.

No mesmo sentido expõe Fernandes (2017, p. 296-299), em que o Estado Democrático de Direito não decorre única e exclusivamente da junção dos modelos do Estado de Direito e do Estado Democrático, por seu turno revela-se em um conceito novo consistindo na afirmação de um novo paradigma, pois se configura pela existência de procedimentos cujos admitem a participação da sociedade no processo decisório. Assim, o Estado Democrático de Direito diz respeito à organização do Estado por meio de normas democráticas consubstanciadas na

participação popular na vida política do seu país, seja por meio das figuras do referendo e do plebiscito ou ainda pelo exercício de escolha dos representantes nas eleições. Além disso, o Estado Democrático de Direito se configura pela existência de direitos fundamentais, pela legalidade das ações do Estado, assim como pela efetivação de um sistema de garantias jurídicas e processuais de toda a população. Por essa razão, o princípio do Estado Democrático de Direito afigura-se como um paradigma diferente dos que apresentava o Estado de Direito e o Estado Democrático, não se limitando ao formalismo ou a materialização que respectivamente apresentavam esses sistemas, o princípio atualmente demonstra uma procedimentalização consistente na participação da sociedade no processo decisório. O que se verifica é a necessidade de se estabelecer uma convergência entre os modelos do constitucionalismo (Estado de Direito) e a soberania popular (Estado Democrático).

É o que também explicam Mendes, Coelho e Branco (2009):

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 171).

Portanto, os representantes legitimamente escolhidos pelo povo devem atuar respeitando os limites constitucionais com vistas a exercer a representatividade que lhes foi outorgada, afim de promover e respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. E, a partir desses preceitos constitucionais, o Estado deve agir, por meio de seus representantes e instituições, em favor do povo, respeitando, sobretudo, as limitações constitucionais.

Por fim, quando se fala em limitação constitucional há que se ter em mente que as normas devem respeitar a Constituição no seu sentido formal e também em sentido material (procedimento e conteúdo), pois do contrário a norma poderá ser declarada inconstitucional por ser inadequada ante a sua confrontação

com o texto constitucional. É cediço que a norma que possua um vício quanto ao seu procedimento de criação, será formalmente inconstitucional, contudo, maior relevância é acerca do conteúdo material que deve ser respeitado na formalização das leis, não bastando apenas que se respeite o procedimento legislativo para a criação de determinada lei ou ato normativo. Ou seja, o seu conteúdo deve, sobretudo, respeitar as determinações constitucionais, não podendo ser aprovada uma lei que não atente ao conteúdo material da Constituição Federal. (FERNANDES, 2017, p. 1423-1426).

O que, segundo explica Barroso (2015, p. 108-109), caracteriza a supremacia da Constituição, eis que essa possui superioridade normativa com relação às demais normas do sistema jurídico, razão por que se essas normas forem editadas em desacordo com o conteúdo material da Constituição Federal será com ela incompatível e, por meio de declaração de inconstitucionalidade, será retirada a eficácia da norma no ordenamento jurídico (após a deliberação do Senado Federal²).

Nota-se então, que há uma posição de deferência do texto constitucional em relação às demais normas jurídicas, pelo que não se pode pretender aprovar uma lei que não seja materialmente constitucional a fim de mudar o sentido e as garantias previstas no texto constitucional.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente deve-se trazer à baila o princípio fundamental do Estado brasileiro expresso no texto constitucional em seu artigo 2º, acerca dos poderes da União cuja definição remete-nos que tais poderes são independentes e harmônicos entre si, sendo eles, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

² 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 (BRASIL, 1988).

Sob esse enfoque, Montesquieu (1996, p. 167-168), em sua obra intitulada “O Espírito das Leis” defendendo a divisão dos poderes, afirmou que a finalidade de separar os poderes de um Estado tem o condão de evitar a concentração em apenas um Poder, definiu que o poder não pode ser concentrado em uma única pessoa (em um único Poder), pois dessa maneira, no caso do Legislativo, se possuir também as atribuições do Poder Executivo, não existira liberdade em razão de que possibilitaria a criação de leis demasiadamente severas. De igual modo, se o Poder Judiciário concentrasse as funções dos demais Poderes, seria controlado, sobremaneira, a vida e a liberdade das pessoas, eis que a atuação do Estado se daria de maneira completamente arbitrária, tendo em vista que o poder que teria competência para criar as leis seria o mesmo que as aplicaria aos cidadãos e as executaria, inclusive. O que, segundo o autor, deveria ser evitado a fim de não serem proferidas decisões arbitrárias sobre a vida das pessoas³.

Ricardo Cunha Chimenti; et. al (2006, p. 37) interpretando a obra clássica de Montesquieu em “O Espírito da Leis”, diz que as três funções presentes no Estado não podem ficar sob atribuição de apenas um Poder. Nesse caso, deve-se atribuir a cada um dos Poderes determinada função, não sendo admitido ao órgão cuja atribuição é legislar, a função de executar ou a de dirimir controvérsias. E, ainda, é importante que cada um desses Poderes tenha autonomia sem qualquer relação de subordinação entre os demais.

Com efeito, a separação dos poderes se dá com fito de evitar o despotismo e a conseqüente concentração dos poderes em um só órgão, sendo que cada qual possui atribuições específicas.

No plano estrutural, desde o advento da Constituição de 1988, temos consolidado uma estrutura institucional democrática em que são definidas as funções e o controle dos três poderes. É justamente a partir do processo constitucional que essas estruturas são resguardadas e aperfeiçoadas. É por meio do processo constitucional que os poderes se controlam, mantêm seu equilíbrio e o cidadão assegura a proteção de seus direitos fundamentais em última instância (ABBOUD, 2018).

³ O conceito de separação de poderes idealizado por Montesquieu repercutiu anos mais tarde na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, conforme se verifica no artigo 16 da referida declaração: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. O texto integral em português está disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP < <http://www.direitoshumanos.usp.br/> >.

Assim, a divisão dos poderes pauta-se na especialidade funcional e na independência orgânica de cada um dos Poderes. Dessa forma, o órgão a quem se atribui determinada função deve ser especializado no exercício desta e, além disso, que este Poder de fato seja independente em relação aos demais, caso em que se vislumbram meios de insubordinação entre si (SILVA, 2014, p.111).

Em uma breve distinção das funções existentes entre os poderes Legislativo, Judiciário e o Executivo, vê-se que cada qual possui funções típicas e atípicas. Por função típica deve-se entender que são as funções essenciais de cada Poder. Sem esquecer-se do Poder Executivo, mas com vistas à finalidade da pesquisa proposta nesse trabalho, analisar-se-á as atribuições dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Sendo assim, no caso do Poder Judiciário, a função que lhe foi atribuída na Constituição Federal de 1988 foi a função jurisdicional, que em síntese é atribuição para julgar os conflitos submetidos à sua apreciação e, exercer atipicamente funções legislativas e executivas, ressaltando que essa atuação é permitida em âmbito interno e administrativo do próprio Poder.

Derivando da soberania popular, através da escolha de seus representantes no poder, temos o Poder Legislativo cuja atribuição típica é a atividade legiferante consistente na edição de leis, este Poder exerce ainda, de maneira atípica, as funções de caráter administrativo e de julgamento.

Portanto, infere-se que tanto o Poder Legislativo, quanto o Judiciário tem seus limites de atuação definidos na Constituição Federal de 1988. Valendo lembrar que as atribuições atualmente presentes na Lei Maior sofreram algumas modificações daquelas previstas pelo poder constituinte originário, dentre elas a possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelo Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, atribuição esta que será discutida em seção própria no presente trabalho.

Retomando, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 15-16) dizem que tais Poderes integram a organização política de um Estado, sendo que sua finalidade é a especialização no exercício das funções estatais, bem como impedir que o poder se concentre à uma única pessoa ou órgão. Dessa forma, se verifica a possibilidade de atuação de um Poder, de forma atípica, em funções que

essencialmente não são de suas atribuições, diz-se atípica porque em princípio, não são as atribuições que a Constituição Federal lhes destinou (para os três Poderes), contudo, não pode haver excesso na sua atuação, caso em que deve ser mantida a harmonia com os demais. E segue o autor explicando, que embora tenha sido adotado pelo Brasil o princípio da separação dos poderes, este não é absoluto em razão da possibilidade de exercício de funções assemelhadas aos outros poderes. De modo que, além do Judiciário e o Legislativo, exercerem a função jurisdicional e legislativa respectivamente, atuam de forma atípica administrativamente quando gerenciam seus bens, serviços, dentre outras atividades. Do mesmo modo, o Executivo e o Judiciário podem desempenhar a função legislativa, o último, quando elabora os regimentos internos dos respectivos tribunais e, o primeiro, quando edita medidas provisórias ou leis delegadas. Assim, também é possível o exercício atípico da função jurisdicional por parte do Legislativo e do Executivo, este quando profere decisões administrativas e aquele quando julga suas autoridades nos crimes de responsabilidades.

Nas palavras de Chimenti; et. al (2006) tem-se que:

Na prática, sem qualquer violação do art. 2º da CF, cada um dos Poderes exerce preponderantemente sua função típica e, excepcionalmente, as funções dos outros Poderes. Trata-se da “interpenetração dos Poderes”, ou seja: tanto o Legislativo quanto o Judiciário exercem atipicamente funções administrativas (executivas) quando, por exemplo, preenchem os cargos de suas secretarias, concedem férias a seus funcionários etc. (arts. 51, IV, e 96, I, f, ambos da CF).

O Legislativo às vezes julga, conforme consta do art. 52, I e II, da CF (o Senado julga privativamente o Presidente da República por crime de responsabilidade), e se auto-administra.

O Executivo legisla (medidas provisórias e leis delegadas) e julga (processos administrativos). Também participa do processo legislativo por meio da iniciativa, sanção e do veto.

O Judiciário legisla ao elaborar seu regimento interno (art. 96, I, a, da CF).

A separação dos Poderes, portanto, não impede que, além de sua função típica (preponderante), cada um dos Poderes exerça atipicamente (de forma secundária) funções aparentemente atribuídas com exclusividade a outro. A regra de indelegabilidade de funções de um Poder para outro. Quando admite a delegação, a Constituição Federal o faz de forma expressa, a exemplo do art. 68 (CHIMENTI; et. al., 2006, p. 38).

No contexto das democracias constitucionais, o Poder Judiciário ocupa uma posição de referência em relação aos demais Poderes, isso porque é sua incumbência restringir os arbítrios que possam ser cometidos pelo Poder Executivo, pelo Legislativo, ou ainda, em alguns casos, pelo próprio Poder Judiciário (por meio dos recursos), a fim de que se evite eventuais arbítrios que possam culminar em

uma afronta à Constituição. Por essa razão, é que o exercício do Poder Judiciário, implica em uma autorrestrição e também na fiscalização dos atos dos demais Poderes. Digno de nota, é que o Poder Judiciário deve abster-se de práticas políticas, pois o seu papel é o de salvaguardar o texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 227).

Por outro lado, conforme já explanado, é incumbência do Poder Legislativo a atribuição constitucional de regulamentar, por meio de lei, determinada matéria e, ao Poder Judiciário cabe a apreciação dos conflitos, julgando-os de maneira imparcial a partir de determinada lei.

Nessa toada, Karla Caribé (2008) explica que:

Para evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, a Constituição Federal previu a existência dos três Poderes do Estado, fazendo repartir entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para o exercício de cada função, como também criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia de observância do Estado Democrático de Direito. Adotando o Brasil a separação dos poderes estatais, entende-se que cabe ao Judiciário a simples aplicação da lei, solucionando conflitos que lhe são levados à apreciação. É do povo, através de seus representantes legitimamente escolhidos, a titularidade do Poder. É dele, portanto, que devem ser emanadas as Leis do Estado, tendo-se por ilegítimo o ato que dele não se origina (CARIBÉ, 2008, p.12).

Nesse interim, verifica-se que para o Estado Democrático de Direito subsistir é necessário que haja a separação dos Poderes. As prerrogativas e independência funcional entre eles estão previstas expressamente no texto constitucional, sendo assim, tem-se que a finalidade da separação dos Poderes é a preservação desse modelo de controle recíproco, a fim de haja o bom funcionamento institucional.

Ademais, a separação dos poderes é de tamanha importância que possui *status* de cláusula pétrea perante o texto Constitucional vigente, o que significa dizer que não se podem aprovar emendas à constituição cujo intuito seja o de desnaturar esse princípio. Naturalmente, também não será admitida a possibilidade de retirá-lo do texto constitucional. Tal princípio possui tamanha expressividade que denota a impossibilidade de concentração do poder em apenas um órgão, mas há a possibilidade de complementação entre os Poderes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 178).

Desse modo, os Poderes do Estado, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário possuem, por força constitucional, funções típicas e atípicas e utilizam do sistema de freios e contrapesos consubstanciado na possibilidade de fiscalização da atuação de um poder em relação ao outro.

Para que a separação dos poderes e a consequente independência entre eles seja um objetivo tangível, não basta a sua afirmação no texto constitucional, mas que haja um sistema de freios e contrapesos para que os poderes funcionem a contento, dotando-os com autonomia para a atuação nas suas funções estabelecidas pelo texto constitucional (LEITE; STRECK; NERY JUNIOR, 2017).

Por isso, a clássica tripartição dos poderes diz respeito a uma técnica em que o poder contém o poder (freios e contrapesos) consubstanciado nas verificações ou em métodos de compensações evitando, sobretudo, o despotismo (CHIMENTI; et. al. 2006, p. 36).

Superando a temática do sistema de freios e contrapesos e também da divisão dos poderes, idealizada por Montesquieu, cumpre analisar a atuação do Poder Judiciário em suas atribuições.

Sendo assim, acerca da função jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário, cumpre esclarecer precipuamente que sua função é julgar as lides por meio de leis editadas de forma genérica e abstrata à sociedade, é o que explica José Afonso da Silva (2014, p. 559-560) em sua obra intitulada Curso de Direito Constitucional Positivo, definindo que, “Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, constantes ora de corpos escritos que são as leis, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles [...]”.

Por seu turno, a composição do Poder Judiciário consiste no conjunto de órgãos públicos, os quais por determinação constitucional detém a função jurisdicional devendo exercê-la exclusivamente, isso porque em que pese haja possibilidade de atuação atípica pelos demais Poderes do Estado, o único cujas decisões revestem-se de coisa julgada material, bem como de coercibilidade é o Judiciário (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 381-382).

Assim, a função jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário consiste na possibilidade da resolução de conflitos entre as partes litigantes, sendo este Poder o

único que detém a possibilidade de resolver definitivamente as situações controvertidas. Assim, quando o Poder Judiciário atua no exercício de sua função típica, tem-se que é o único capaz de tornar imutável a solução por meio de sentença, ou seja, por meio do fenômeno da coisa julgada. Para os fins que este trabalho se propõe discutir, cumpre destacar a função do Supremo Tribunal Federal perante a ordem constitucional brasileira.

Segundo ensinam Araujo e Nunes Júnior (2009, p. 391), o Supremo Tribunal Federal tem sua competência firmada no art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁴, tendo por objetivo principal a guarda da Constituição da República, sendo que esta atribuição foi outorgada ao Supremo Tribunal Federal, possuindo este as competências necessárias para deliberar, em última instância, sobre matéria constitucional.

Da mesma sorte, cumpre dizer que o Supremo Tribunal Federal é uma das mais delicadas instituições republicanas, isso por que a este Tribunal cabe moderar, limitar e, sobretudo, evitar desordem no sistema constitucional brasileiro. Sendo-lhe, assim, atribuída a fiscalização da constitucionalidade das leis, bem como dos atos normativos primando pela essência do Estado Democrático de Direito, defendendo a supremacia dos direitos fundamentais ante a atuação do Estado, ou seja, cabe ao Supremo Tribunal Federal precipuamente a função de garantir a supremacia constitucional mantendo a segurança jurídica do ordenamento constitucional brasileiro. A rigor, o Supremo Tribunal Federal, não é uma Corte Constitucional embora lhe caiba a guarda da Constituição nos termos do artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Assim, o significado de guarda da Constituição, para o autor, diz respeito à função principal do Supremo Tribunal Federal, eis que a este cabe realizar o controle de constitucionalidade das leis pela via concentrada. Outrossim, também lhe cabe processar e julgar *habeas corpus*, mandado de segurança, assim como as demais ações constitucionais (no âmbito do controle difuso), o julgamento de recurso extraordinário e, ainda, as infrações penais comuns daqueles que detém foro por prerrogativa de função (BULOS, 2008, p. 1071-1075).

⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (BRASIL, 1988).

Segundo afirma Barroso (2015):

[...] O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim, como assegurar a estabilidade institucional (BARROSO, 2015, p. 515).

Portanto, infere-se das digressões expostas, que o papel fundamental do Poder Judiciário é o de garantir a ordem constitucional atuando conforme as funções típicas que lhe foram atribuídas, resolvendo os conflitos que lhe são remetidos por meio do jurisdicionado ou por proposição pelos legitimados, no caso da atuação do Supremo Tribunal Federal quando julga as ações do controle concentrado das leis e dos atos normativos.

Vislumbra-se, então, que a função primordial do Supremo Tribunal Federal é resguardar a melhor aplicação da Constituição em face das inúmeras normas jurídicas que possam lhe confrontar o sentido material, devendo esta Corte garantir os valores fundamentais inerentes à democracia.

2.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL

Convém inicialmente destacar o disposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, dispositivo este que trata dos direitos e garantias fundamentais, em especial, nesse estudo, o princípio da legalidade consubstanciado nos dizeres, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, qualquer que seja o comando exarado pelo Estado consistente na imposição ao particular de um dever de agir ou na sua abstenção, para que detenha validade jurídica, deve necessariamente ser oriundo de uma regra legal, isto é, de uma lei. Sendo assim, as normas legais somente possuirão força

cogente se forem atos normativos regularmente editados pelo Poder Legislativo, ou de maneira excepcional pelo Poder Executivo, em casos de leis delegadas ou na possibilidade de edição das medidas provisórias. Nesse viés, apenas a lei em seu sentido formal é que tem a possibilidade de impor um dever de abstenção ou de uma prestação positiva por parte do particular, devendo, sobretudo, atender as exigências constitucionais (CHIMENTI; et. al. 2006, p. 67).

De toda sorte, pode ser verificado que em determinadas situações, especialmente nas quais os atos administrativos impunham ao cidadão determinada maneira de agir, se este comando não preencher os requisitos estipulados em lei ou na Constituição Federal, essa imposição ao particular carecerá de validade jurídica. Por essa razão, para que seja possível impor um dever de conduta ou de abstenção ao particular se faz necessário a presença da lei em sentido formal exarando tal determinação.

É interessante mencionar a descrição do princípio da legalidade nas palavras de Alexandre de Moraes, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual, a partir da regra expressa no corpo do texto constitucional, o princípio da legalidade exprime mais do que uma garantia individual, tem por objetivo fazer frente ao arbítrio estatal. De modo que o dever de abstenção, ou ainda, um dever positivo de fazer por parte do indivíduo, somente pode ser exigido em decorrência das leis regularmente editadas pelo poder competente e, em consonância com as determinações constitucionais, obedecendo ao processo legislativo. Constituindo, dessa forma, um direito de qualquer pessoa em abster-se de agir, salvo se a lei definir contrariamente. Esse princípio, para o autor, diz respeito à submissão que o próprio Estado tem perante a lei, não podendo arbitrariamente impor comportamentos aos indivíduos sem que antes sejam regulamentados pelo legislador (MORAES, 2014, p. 41-42⁵).

Tem-se que o princípio da legalidade é a base do Estado de Direito, isso porque a atuação do Estado que adota tal referência, é a de que se sujeita de

⁵ No item 4.2 ao tratar das posições doutrinárias sobre a súmula vinculante. De modo, aparentemente, contraditório, Alexandre de Moraes defende o instituto indicando a necessidade de uma interpretação única e igualitária do texto constitucional, razão pela qual não deve o Judiciário, no bojo de sua função típica, aplicar as leis ou os atos normativos de maneira a aumentar as desigualdades, de modo que a súmula vinculante, para o autor, tem o intuito de uma interpretação uníssona da Constituição.

maneira incondicionada ao seu próprio ordenamento jurídico. Esse regramento se faz necessário frente às arbitrariedades praticadas pelos Estados nos séculos passados, de maneira que se tornou uma garantia ao indivíduo perante o Estado (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 209).

Nessa toada, o pressuposto básico do princípio da legalidade é a limitação ao poder que o Estado detém de impor comportamentos aos indivíduos, pelo menos se restringe a forma arbitrária dessa imposição, sendo válidas as limitações que atentem ao processo legislativo e a normatividade constitucional, eis que caberá ao órgão de representação popular (Poder Legislativo) a elaboração das leis. Portanto, o princípio da legalidade no Estado de Direito, corrobora, sobretudo, uma garantia do particular contra arbitrariedades que porventura possam ser praticadas pelo Estado, seja por meio da atuação do Poder Legislativo, do Executivo ou ainda, do Poder Judiciário (FERNANDES, 2017, p. 562).

Corroborando o sentido acima, toda a atividade do Estado fica sujeita à lei, devendo esta obedecer aos critérios constitucionais estabelecidos para sua edição, assim somente se pode exigir qualquer ação ou impor que o indivíduo venha a abster-se de praticar determinado ato, senão em virtude de lei, esta compreendida no seu sentido formal, ou seja, ato decorrente do Poder Legislativo (SILVA, 2014, p. 420-421).

Ademais, com vistas aos princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes, há de ser ressaltado que tais princípios são verdadeiras normas que orientam a ordem constitucional. É o que explica Paulo Bonavides (2012):

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde a sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como Instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas (BONAVIDES, 2012, p. 300). Grifo no original.

Ademais, além de esses princípios servirem de critérios para avaliação do conteúdo normativo das leis, vislumbra-se, ainda, que estão expressamente previstos no texto constitucional, com *status* de cláusula pétrea⁶, inclusive.

Do princípio da legalidade advém a primeira divergência com o Instituto da Súmula Vinculante, segundo o qual indica a norma constitucional, que o indivíduo deve praticar uma conduta ou abster-se dela somente em virtude de uma lei regularmente editada pelo poder competente, sendo que a súmula vinculante é um preceito interpretativo, que por força a ela outorgada, por meio do constituinte derivado, possui força vinculante.

Em crítica à súmula vinculante, ressaltando a necessidade de respeito ao princípio da legalidade, Lenio Streck (2009, p. 74), define que há violação ao princípio em comento quando da edição da súmula vinculante, isso porque a Constituição expressamente prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, ou seja, para o autor, em nenhum momento consta no texto constitucional que o indivíduo deve abster-se de qualquer comportamento em virtude de súmula vinculante.

O princípio da legalidade expresso no texto constitucional, nada mais é do que um direito fundamental do cidadão em detrimento da atuação do Estado. É o que explica Bulos (2008):

Como viga-mestra do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade dirige-se aos Poderes Públicos e, também, aos particulares: Quanto aos Poderes Públicos – o Executivo, Legislativo e Judiciário devem agir dentro da lei, qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal; e Quanto aos particulares – nas relações privadas, tudo aquilo que não for proibido pela lei é tido como permitido (princípio da autonomia da vontade). O princípio da legalidade transmite a ideia de que apenas o Poder Legislativo pode criar comandos inovadores na ordem jurídica. Somente o Parlamento, protagonista do processo legislativo constitucional, é o órgão legítimo para estatuir prescrições inéditas no cenário jurídico (BULOS, 2008, p. 426).

Por essa razão, o princípio da legalidade não se limita apenas ao seu sentido formal consistente no respeito às normas gerais e abstratas, verifica-se

⁶ “A pretexto de realizar alteração da Constituição, o poder constituinte derivado não pode modificar o núcleo essencial da Constituição (cláusulas pétreas), portanto, é-lhe defeso, por exemplo, suprimir a separação de poderes, extinguir direitos fundamentais, violar o pacto federativo etc.”. (NERY JUNIOR; ABOUD, 2017).

também uma legalidade substancial, o que vincula a atuação do Estado a assegurar os direitos e garantias fundamentais. Assim, esses direitos se revestem de segurança ímpar, tal qual não podem ser atingidos por atuação discricionária do Estado (ABBOUD, 2018).

Com efeito, tem-se que na democracia brasileira o pressuposto basilar é o respeito que o Estado deve ostentar em relação à lei, essa em seu sentido formal, editada em caráter geral e abstrato regularmente aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo com vistas a cumprir o processo legislativo previsto no texto constitucional (BULOS, 2008, p. 426).

Outrossim, os direitos fundamentais não podem ser transgredidos, seja por outros particulares ou pelo Poder Público, podendo a estes serem opostos. De toda sorte, verifica-se que os direitos fundamentais limitam formal e materialmente a atuação do Poder Público e ainda ensejam proteção contra eventuais situações, que por meio de uma maioria, possam tentar mitigar ou suprimir tais direitos fundamentais individuais do cidadão (ABBOUD, 2018).

Não resta dúvida quanto ao caráter de direito fundamental que possui o princípio da legalidade, eis que conforme se depreende do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, ao passo que, se ninguém pode alegar ignorância à lei a fim de agir em desconformidade com esta, em contrapartida é um direito fundamental do indivíduo abster-se de agir ou não, apenas em virtude de uma lei regularmente editada conforme determinação constitucional.

3 ORIGENS DA SÚMULA VINCULANTE E RECEPÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* orientam a estrutura normativa de distintos países ou regiões: enquanto o primeiro fixa suas bases no direito consuetudinário, o segundo pauta-se pela positivação do Direito por meio de códigos e leis escritas. No sistema da *common law* o precedente serve de parâmetro para o julgamento dos casos futuros, pois o Direito é criado nos tribunais através do julgamento dos casos. Já no sistema da *civil law* o precedente mostra-se apenas como indicativo da posição que os tribunais estão adotando para o julgamento das lides, não havendo qualquer vinculação entre o precedente e a forma como o processo pode ser julgado, eis que no sistema da *civil law* o Direito é criado por meio do Poder competente designado para essa finalidade específica, conforme estudado no capítulo anterior.

No Brasil, o sistema adotado é o da *civil law*, o qual possui suas bases em um corpo normativo escrito, sendo que a Constituição Federal é o ápice do sistema normativo no território brasileiro, servindo de base para as demais legislações que se pretendam aprovar. No que diz respeito a alteração do próprio texto constitucional, tem-se que tal desiderato só é possível de ser realizado por meio de emenda à constituição, o que por sua vez, necessita de um quórum qualificado para que se promova a alteração pretendida, o que somente se mostra possível por meio da aprovação em dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional com mais de três quintos de votos favoráveis.

Contudo, a reforma constitucional ficou condicionada às matérias em que o poder constituinte originário permitiu que pudessem ser alteradas. Nesse sentido, o poder constituinte derivado não pode deliberar sobre toda e qualquer matéria constitucional, pois o constituinte originário previu que determinadas matérias não poderiam ser alteradas a fim de manter o sentido material da Constituição Federal e, mesmo quando mostra-se possível a alteração do texto constitucional, tais mudanças estão sujeitas ao controle de constitucionalidade, uma vez que somente as normas originárias da Constituição Federal é que gozam de presunção absoluta de constitucionalidade não sendo passíveis de controle pelo Judiciário.

No que tange ao Instituto da Súmula Vinculante, tem-se que foi introduzido no sistema constitucional brasileiro por meio da emenda à constituição n.º 45/2004, ou seja, o poder constituinte derivado é que permitiu a possibilidade de aprovação de súmula vinculante, alterando o texto constitucional a fim de permitir a deliberação acerca do instituto.

A regulamentação infraconstitucional do Instituto da Súmula Vinculante se deu através da Lei n.º 11.417/2006, sendo previsto que os órgãos do Poder Judiciário e também da Administração Pública direta ou indireta em todas as suas instâncias deveriam obrigatoriamente observar o enunciado das súmulas vinculantes e, em caso de descumprimento da súmula vinculante, restou regulamentado a possibilidade de propor reclamação constitucional dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal para que esse fizesse cumprir a orientação cogente prevista no enunciado de determinada súmula vinculante.

3.1 A FUNÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS NOS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Em análise preambular é necessário distinguir as origens dos sistemas da *common law* e da *civil law* a fim de entender as influências que cada modelo sofreu ao longo da história.

No que tange ao sistema da *common law*, originariamente este modelo teve sua ascensão no Direito inglês a partir da necessidade de se estabelecer um direito comum a todos, pois naquele país vislumbravam-se diversos direitos locais e, a partir daí surgiu a necessidade de um direito comum que pudesse ser aplicado em todo o seu território (BARBOSA, 2014).

Nesse sentido, o sistema jurídico da *common law* dizia respeito àquele Direito que emanava das sentenças judiciais proferidas pelos Tribunais de Westminster, os quais foram constituídos pelo rei e mantinham uma relação de subordinação a este, esses tribunais foram criados a fim de extinguir os direitos pertencentes as tribos locais dos povos da Inglaterra (SOARES, 2000, p. 32).

Dessa maneira tem-se que:

As origens do *common law* remontam à conquista normanda da Inglaterra no ano de 1066, com a Batalha de Hastings, que levou à centralização do governo, incluindo a administração da justiça, trazendo para a Inglaterra um poder que, além de forte e centralizado, também tinha larga experiência administrativa. Nesse período, surge o feudalismo na Inglaterra e desaparece a época tribal. Os conquistadores normandos estabeleceram Cortes Reais e um sistema de justiça real que gradualmente foi substituindo as antigas Cortes e regras feudais. Nesse processo de centralização da justiça, os juizes desenvolveram novos procedimentos e remédios, bem como um novo corpo de direito substantivo que seria aplicado a todos os cidadãos ingleses, o que justifica o nome de *common law*, como direito comum a todos, em oposição aos costumes locais. Ou seja, *common law* significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster. Desse modo, o *common law* se opunha a todos os direitos locais que se baseavam nas tradições e eram distintos de um local para outro (BARBOSA, 2014). Grifo no original.

Desta feita, observa-se que, posteriormente, se iniciou uma disputa pelo poder entre a coroa inglesa e o seu Parlamento e, em razão disso os tribunais se opuseram à coroa impedindo a ascensão do poder além dos limites fixados pelo Estado, tais limites correspondiam à forma costumeira com a qual era aplicado o Direito naquele país. Sendo assim, a *common law* passou a ser vista também como um sistema capaz de conter até mesmo o poder da realeza (PUGLIESE, 2016).

Já nos Estados Unidos da América, mesmo com a influência do Direito Inglês, o *common law* percorreu caminhos distintos, isso porque no país americano não houve, como na Inglaterra, a adoção da supremacia do Parlamento, razão pela qual o controle de legitimidade das leis passou a ter como parâmetro a Constituição Americana (BARBOSA, 2014).

A seu turno, o sistema *civil law* teve seus pilares firmados no Direito Romano a partir do texto elaborado pelo imperador Justiniano, no século VI, cuja denominação era *Corpus Juris Civili*, organizado e estruturado em disciplinas como o direito das pessoas, de família, propriedades e obrigações, dentre outras áreas. A ideia central da elaboração desse texto normativo era a de que fosse suficiente para solucionar qualquer tipo de controvérsia. Sendo que, aos juristas apenas era dada a possibilidade de aplicação daquelas leis sem que lhe fosse facultado atribuir comentários e, tampouco, a possibilidade de interpretá-las. Posteriormente, com a queda do império romano e, com a conquista germânica da península italiana, os germanos passaram a mesclar os seus próprios costumes com o texto elaborado por Justiniano, daí a ideia de um direito romano-germânico, entretanto, nesse período a

produção do direito não teve elevada acentuação. E, após a recuperação do mar mediterrâneo, o interesse pelo direito romano se reafirmou, caso em que foram fundadas diversas escolas a fim de estudar o *Corpus Juris Civili*, dentre as quais estavam os glosadores que produziram inúmeras obras a partir do estudo daquele corpo normativo (PUGLIESE, 2016).

Portanto, à vista dos modelos jurídicos da *Common law* e *civil law* tem-se que são modelos integram a estrutura normativa de um país ou de uma região, os quais, em síntese, possuem a função de disciplinar as relações sociais, sendo que, em um dos sistemas, pelo que se infere, houve maior influência do Direito consuetudinário, enquanto o outro fixou suas bases em um sistema legal.

Assim, observa-se que no sistema de origem romana (*civil law*), a fonte legislativa é a que possui maior prevalência, de maneira que para esse sistema a lei escrita é fundamental enquanto que, no sistema jurídico da *common law*, a fonte costumeira oriunda dos precedentes jurisprudenciais é mais importante do que a lei formal, sendo que os precedentes possuem fundamental importância nas soluções de litígios (REALE, 1994).

No mesmo sentido, a principal distinção que se pode ter entre esses dois modelos jurídicos é que, em se tratando de fontes do Direito, o modelo da *civil law* tem por base a lei escrita e, em relação ao modelo da *common law* as principais fontes são as decisões pretéritas, ou seja, os precedentes (PUGLIESE, 2016).

Com efeito, no que tange ao sistema jurídico da *common law*, este diz respeito a um Direito comum a todos, tendo sua origem nos tribunais em decorrência de julgamentos de novos casos. Nesse passo, a sentença judicial nesse modelo jurídico cria o direito no caso em litígio, e ainda, seus efeitos transcendem para além das partes, criando assim um precedente com força obrigatória para litígios futuros que versem sobre a mesma questão, constituindo, dessa maneira, fonte formal do Direito. De modo diverso acontece no sistema da *civil law*, eis que a fonte primária do Direito é a lei e a esta que os cidadãos estão vinculados (CARIBÉ, 2008, p. 4-5).

Sendo assim, vislumbra-se que no sistema da *common law* o precedente influencia obrigatoriamente no deslinde do julgado, pois o juízo tem o dever de observância deste para julgar a lide. Obrigatoriedade que não se verifica no sistema da *civil law*, isso porque, em que pese possa haver precedente sobre a matéria, o

caso concreto pode conduzir o magistrado a julgar a lide de maneira diversa daquela contida no precedente.

É o que ensinam Hirose e Gebran Neto (2010, p. 510), para os autores o sistema jurídico da *civil law* tem por fundamento a sistematização das normas em leis, consistente na codificação escrita do Direito, sendo que essas regras são abstratas e devem ser aplicadas de acordo com o caso concreto, adequando, dessa forma, os fatos à lei. Em sistemática inversa ocorre no sistema da *common law*, que se afasta, de certa forma, do sistema legislativo e baseia-se nas decisões proferidas pelos tribunais, significa dizer que o Direito no sistema da *common law* tem origem consuetudinária. Por essa razão, é que o Direito no sistema da *common law*, se origina e é aperfeiçoado pelos juízes e pelos tribunais e, por esse fato, as decisões futuras dependem dos casos julgados anteriormente. Porém, se não houver nenhum caso pretérito julgado, o juiz ao sentenciar acaba por estar criando o Direito e, por meio consecutório estabelecendo um novo precedente (*leading case* – caso principal) que deverá ser observado nas decisões futuras.

Assim, a criação do Direito no sistema jurídico da *common law* depende do julgamento de um novo caso e a partir de sua solução a razão de decidir usada para solucionar a controvérsia acaba por constituir um novo precedente, isso porque se não houver precedente sobre a questão ventilada no processo *sub judice*, o juiz ao se debruçar sobre o caso deve dar uma solução à lide controvertida e, por meio consecutório criará um novo precedente que deve ser seguido em futuras decisões.

É nesse contexto que surge a doutrina do *stare decisis*, que conforme ensina Castro Mendes, Marinoni e Wambier (2014), esta doutrina tem origem na expressão em latim “*stare decisis et non quieta movere*”, que em tradução livre significa “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”. Essa doutrina possui duas acepções sendo elas, *ratio decidendi* (razão de decidir) e *obiter dictum* (refere-se a parte da decisão que se considera dispensável, ou seja, é a fundamentação que complementa a razão de decidir), sendo que somente a primeira acepção é a que possui força obrigatória devendo ser observada nos casos vindouros, eis que é a razão pela qual o juiz se baseou para proferir o julgado.

Conforme ensina Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 1017-1018), a razão de decidir (*ratio decidendi*) tem por pressuposto os elementos da decisão consubstanciados em sua fundamentação que ao serem julgados transcendem para

além das partes, conferindo, dessa maneira, segurança jurídica aos jurisdicionados de maneira geral e abstrata, pois tem caráter obrigatório e vinculante perante os juízes e tribunais. Noutra toada, há o *obiter dictum* que diz respeito à parte irrelevante da decisão, ou seja, aquela que não tem o condão vinculante perante os juízes, tribunais e os jurisdicionados, sendo assim é prescindível a sua observância para os julgados futuros.

Nesse sentido, acerca da distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dicta*, verifica-se que:

[...] é preciso conceituar o que seja a *ratio decidendi* como sendo a razão jurídica da decisão, a regra de Direito (rule) que serve de fundamento da decisão incidente sobre os fatos específicos do caso, e a *obiter dicta*, afirmações e argumentações que não estão na motivação das decisões e, portanto, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. A distinção é difícil de ser traçada, mas é fundamental na prática que possa ser compreendida por meio de referência do direito aos fatos da causa, determinando a racionalidade jurídica efetiva da decisão e apenas esta razão é que pode ter eficácia de precedente. Para o uso da teoria do *stare decisis*, a identidade, ou a falta dela, entre um caso precedente e um atual, é de extrema importância porque a semelhança permite ao julgador fazer uso do precedente; por isso, a regra jurídica deve ser lida sob a ótica dos fatos da causa. Porém, a diferença ou semelhança é uma questão de critério e, por isso, não se pode eleger um critério demasiadamente rígido (CASTRO MENDES; MARINONI; WAMBIER, 2014).

Assim, em que pese no sistema jurídico da *common law* haja a necessidade de observância obrigatória dos precedentes para os julgamentos de lides futuras, não é todo o corpo do precedente que é dotado de força vinculativa obrigatória, conforme se viu nos parágrafos antecedentes.

Outrossim, os juízes e tribunais ao julgarem os processos somente ficam vinculados à razão de decidir constante no precedente, podendo deixar de aplicá-lo tocante apenas a fundamentação que complementou o julgado anterior, eis que não configura fundamento relevante para solução da controvérsia.

Sendo assim, a doutrina do *stare decisis* possui como características que:

[...] os tribunais inferiores estão obrigados a respeitar as decisões dos superiores, os quais se obrigam por suas próprias decisões; segundo, toda decisão relevante de qualquer tribunal é um argumento forte para que seja levada em consideração pelos juízes; terceiro, o que vincula no precedente é sua *ratio decidend*, isto é, o princípio geral de direito que temos de colocar como premissa para fundar a decisão, podendo o juiz que a invoca interpretá-la conforme sua própria razão; quarto, um precedente (sua *ratio decidend*) nunca perde sua vigência, ainda que os anos o tenham tornado inaplicável às circunstâncias modernas: ele permanece válido, e pode ser invocado desde que se demonstre sua utilidade para o caso. (FERRAZ JR. 2003).

Por essa razão, tem-se que os precedentes no sistema da *common law* possuem relevância jurídica, eis que antes de proferir uma nova decisão o juiz deve observar se há algum caso precedente, cuja razão de decidir possa ser aplicada ao caso em análise a fim de manter o mesmo entendimento já fixado, razão pela qual se verifica que no sistema da *common law* há especial importância atinente aos precedentes. De forma diversa ocorre no sistema da *civil law*, pois os precedentes não têm a mesma força cogente que no primeiro sistema aludido, porque apenas demonstram como os tribunais têm decidido sobre a matéria, mas o juiz pode entender de forma diversa da orientação da jurisprudência e decidir de acordo com a sua íntima convicção, mesmo que o precedente corresponda em sua integralidade ao caso pendente de julgamento.

Sendo assim, verifica-se que no sistema jurídico da *civil law*, as fundamentações das decisões teriam apenas a conotação de ligar os fatos à norma legal sem necessidade de maiores digressões, pois a sentença apenas aplicaria a lei aos litigantes (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1019).

Assim, em que pese a doutrina do *stare decisis*, consista na aplicação dos precedentes para os casos futuros, no sistema jurídico da *civil law* esses precedentes podem ser vistos como simples experiências de vida, porquanto não possuem força cogente perante os casos futuros, eis que apenas dizem respeito a maneira de decidir. Contudo, em que pese a tradição jurídica brasileira tenha firmado suas bases no sistema da *civil law*, à vista da influência do direito comparado (globalização) é possível verificar certas influências do sistema jurídico da *common law* sendo aplicadas no direito brasileiro, isso porque há a tendência de valorizar os precedentes jurisprudenciais, razão pela qual vislumbram-se dispositivos legais tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional que tendem a valorar o precedente quando da prolação da decisão (CASTRO MENDES; MARINONI; WAMBIER, 2014).

Desta feita, no caso brasileiro, o que se tem verificado é que o uso dos precedentes jurisprudenciais não estão atrelados tão somente ao sistema jurídico da *civil law*, isso porque denota-se uma inserção do uso da doutrina do *stare decisis* no sistema jurídico brasileiro, seja no caso constitucional em que faculta ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de editar súmulas vinculantes ou ainda na esfera

infralegal quando, por meio do novo Código de Processo Civil, diz que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, ou atribuindo ao relator do processo a possibilidade de negar seguimento a um determinado recurso que for contrário a súmula dos tribunais superiores ou em acórdão proferido em sede de julgamento de demandas repetitivas, ou ainda, dar-lhe provimento se o recurso estiver em conformidade com esse institutos.

A esse respeito, assim dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. [...]

Art. 932. Incumbe ao relator: [...]

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (BRASIL, 2015).

Assim, o que se tem observado é que há aproximação emergente quanto ao uso dos precedentes no sistema jurídico brasileiro, em que pese possua suas bases no sistema jurídico da *civil law* (regulamentação do Direito por meio de leis), é possível encontrar algumas tendências quanto a aplicação dos precedentes nas lides futuras, conforme as previsões legais acima mencionadas.

3.2 O PODER CONSTITUINTE DERIVADO E A SÚMULA VINCULANTE NA TRAJETÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Tradicionalmente as constituições brasileiras sempre possuíram a rigidez como requisito quando se pretendia a sua modificação. A Constituição Federal de 1988 também seguiu esse critério, necessitando de quórum qualificado⁷ para aprovação e modificação do texto constitucional, de maneira que o quórum de aprovação de uma emenda à Constituição deve ser maior do que aquele previsto para a aprovação das leis ordinárias.

Deve-se ater-se, no entanto, ao fato de que as propostas de emenda devem manter o sentido originário da Constituição não sendo possível alterá-lo, pois caso o fosse, estar-se-ia, na verdade, promovendo uma revolução constitucional, o que somente é possível por meio de um novo poder constituinte originário. Contudo, é cediço que tal procedimento desencadearia uma ruptura no sistema constitucional vigente, em cujo não houve previsibilidade para tanto quando da aprovação da Lei Maior de 1988. Por essa razão, é que os princípios fundamentais, a forma de governo e a forma federativa não podem ser objetos de discussão e modificação por parte do poder constituinte derivado a fim que se evite uma ruptura do sistema constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 125-137).

Com o objetivo de deixar o texto constitucional mais próximo da realidade é que se permite a sua reforma por meio de emenda à Constituição. Assim, é dever do legislador manter a identidade básica do texto, porquanto não lhe é facultado a descaracterização do sentido material da Constituição, razão pela qual é vedado promover uma reforma da norma constitucional a ponto de engendrar uma revolução em seu texto a ponto de desnaturar o sentido proposto quando da promulgação da Constituição em 1988. Nesse viés, restou estabelecido pelo constituinte originário que as reformas promovidas pelo constituinte derivado devem respeitar o texto já

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (BRASIL, 1988).

escrito na própria Constituição impossibilitando a sua descaracterização e limitando a atividade reformista (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 250).

Vale dizer, que a Constituição Federal de 1988 possui caráter permanente, mas para acompanhar a evolução da sociedade é que se possibilita a edição de emendas constitucionais, por meio do poder constituinte derivado, porquanto, este exerce esse múnus porque lhe foi outorgado pelo próprio poder constituinte originário, cujo determinou o processo de alteração constitucional e o conteúdo passível de alteração, inclusive.

Nesse sentido, em seu magistério, Paulo Bonavides (2012) explica que:

A emenda constitucional é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto da Constituição. O estatuto supremo tem nesse instrumento do processo legislativo o meio apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando (BONAVIDES, 2012, p.216).

Com efeito, observa-se que o procedimento para modificação do texto constitucional consta expressamente na própria Constituição, apontando as autoridades que têm legitimidade para propor emenda constitucional, além de limitar as matérias que podem ser modificadas. Nesse caso, verificando-se quaisquer excessos, estes serão passíveis de controle de constitucionalidade, podendo ser declarada a emenda à constituição inválida pelo Supremo Tribunal Federal. Reputando-se válida a reforma que respeitar a Constituição, em caráter material e formal, passará a vigor imediatamente e, conseqüentemente restarão revogadas as normas constitucionais anteriores que se mostrarem com ela incompatíveis (BARROSO, 2004, p. 64-67).

Salutar dizer, que as normas incompatíveis mencionadas alhures dizem respeito àquelas inseridas no texto constitucional por meio do poder constituinte derivado, isso porque as normas constantes no texto constitucional, elaboradas pelo constituinte originário, gozam de presunção absoluta de constitucionalidade.

Porquanto, após ser aprovada a emenda constitucional, esta agregará o texto constitucional, com a mesma força normativa de uma norma constituinte originária, passível, no entanto, de controle de constitucionalidade (FERNANDES, 2017, p. 1094).

Nesse passo, embora o poder constituinte derivado detenha a competência de propor e aprovar emendas à Constituição, não se pode supor que a atividade reformista em nenhum momento possa editar emendas que não atentem quanto a constitucionalidade de seu conteúdo, cometendo, dessa forma, certos equívocos. Por essa razão, há a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado, ou ainda pela via incidental, pronunciar-se pela constitucionalidade da norma, isso porque em que pese a nova norma esteja inserida no texto constitucional, essa sempre terá natureza secundária jamais ocupando a posição de norma originária, passível então, de controle de constitucionalidade (BULOS, 2008, p. 176).

É cediço, portanto, que as emendas constitucionais gozam de presunção relativa de constitucionalidade, podendo dessa forma serem declaradas inconstitucionais por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Discutiu-se até o presente momento a possibilidade de ser realizado o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais, pois sabe-se que foi por meio da emenda constitucional n.º 45/2004, como se verá adiante, que restou introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação, editar súmulas de efeito vinculante, as quais condicionam observância obrigatória de preceito interpretativo perante todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública direta ou indireta, em todas as esferas.

Por essa razão, é que embora esteja prevista no corpo do texto constitucional, a possibilidade de promover a edição de súmula vinculante foi introduzida na Constituição Federal de 1988 por meio de uma emenda constitucional e, conforme já explanado, tais emendas podem ser objeto de controle de constitucionalidade, pela via concentrada.

De outro turno, com vistas ao surgimento do instituto sob estudo, certo é que no sistema jurídico brasileiro a possibilidade de se editar súmulas já era aplicado mesmo antes da vigência da Constituição Federal de 1988, pois havia a possibilidade de edição de pequenos enunciados sobre as matérias que reiteradamente eram submetidas à apreciação perante órgão de cúpula do Judiciário, pautava-se então, em tornar mais célere a atividade jurisdicional, entretanto, mesmo com a possibilidade de editar as súmulas, estas não possuíam efeito vinculante (FERNANDES, 2017, p. 1237).

Com efeito, tem-se que no ano de 1963 foi inserida, no texto do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por meio de uma emenda, a possibilidade desse tribunal editar súmulas, as quais correspondiam à sua jurisprudência, a principal finalidade desses enunciados era a de resumir as teses interpretativas já assentadas no tribunal (TEIXEIRA, 2008, p. 104).

Porquanto, a necessidade de expressar a orientação jurisprudencial, tornando-a pública, por meio de enunciados de súmulas, se justificou, à época, frente a necessidade de eliminar as divergências entre os órgãos do Poder Judiciário e até mesmo orientando os demais poderes de como proceder frente a novas demandas (HIROSE; GEBRAN NETO, 2010, p. 512).

Nessa toada, à vista do regramento disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), a possibilidade de edição das súmulas está assim delineada: “Art. 102. A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na Súmula do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2017).

A ideia de se possibilitar ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de editar súmulas adveio da necessidade de expor aos demais órgãos do Poder Judiciário qual era o entendimento que a Corte Suprema tinha sobre determinada matéria, porquanto essas súmulas correspondiam ao entendimento daquele Tribunal, entretanto, não havendo, pois, que se falar em vinculação aos demais tribunais e juízes, ou seja, eram apenas orientações jurisprudenciais sem qualquer força cogente.

Essas súmulas detinham o objetivo de sintetizar o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, além de facilitar o acesso à consulta do entendimento deste tribunal aos demais operadores do Direito. Sendo assim, a utilização da súmula dispensaria a citação de inúmeros precedentes a fim de fundamentar determinada decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, a maior influência para a elaboração das súmulas foi o fato de que as demandas estavam se tornando repetitivas (teses repetitivas), sobrecarregando o Supremo Tribunal Federal, o que congestionava a atuação do tribunal atravancando a análise detalhada das ações de maior complexidade. Importante destacar que o intuito das súmulas do Supremo Tribunal Federal era viabilizar um sistema de referência aos precedentes por meio da citação de um número convencional e apontar a jurisprudência que já estava sedimentada no tribunal a fim de dar

celeridade ao julgamento de ações com demandas idênticas (LEITE, 2007, p. 49-51).

Verifica-se, portanto, que as súmulas (não vinculantes) surgiram da necessidade de dar ampla publicidade ao entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal, a fim de tornar mais célere o julgamento de demandas com teses que por vezes eram repetitivas.

Noutro sentido, foi por meio da chamada “reforma do judiciário”, engendrada através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que se instituiu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeito vinculante. Em sua essência a súmula vinculante não se difere das súmulas de orientação jurisprudencial (as quais já se reportou acima), sendo que estas têm apenas caráter persuasivo, de indicar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, enquanto que as súmulas vinculantes implicam na necessidade de observância obrigatória quanto ao seu enunciado por parte dos órgãos do Poder Judiciário, bem como da Administração Pública direta ou indireta em todas as suas instâncias (CARIBÉ, 2008).

No que tange ao processo de aprovação de uma súmula vinculante, tem-se que deve ser observado o quórum mínimo de dois terços dos ministros do Supremo Tribunal Federal, a matéria discutida não pode ter outra natureza que não a constitucional, haver reiteradas decisões sobre esta matéria, necessariamente deve haver controvérsia atual entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública, sendo que desta controvérsia deve resultar em grave insegurança jurídica e ainda deve haver a possibilidade de multiplicação de processos com sentidos iguais acerca da matéria (TEIXEIRA, 2008, p. 129).

No texto constitucional a súmula vinculante encontra previsão no art. 103-A da Constituição Federal de 1988:

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 (BRASIL, 1988).

Sendo assim, consoante às disposições constitucionais tem-se que as súmulas vinculantes podem ser editadas, revistas ou canceladas mediante a deliberação de dois terços dos ministros da Corte Constitucional, o que corresponde à manifestação de no mínimo oito ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo que tanto este tribunal, quanto os legitimados para propor ação declaratória de constitucionalidade ou a ação direta inconstitucionalidade⁸ podem propor a edição das súmulas vinculantes, requerer a revisão ou o cancelamento do precedente interpretativo (BARROSO, 2016).

Por oportuno ressaltar, que à vista do disposto na norma constitucional, verifica-se que as matérias que podem ser abrangidas por uma súmula vinculante são apenas as guardem relação com matéria constitucional, além disso, é necessário demonstrar controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a administração pública.

Com efeito, é o que explica Glauco Salomão Leite (2007) quando discorre que as súmulas vinculantes:

[...] se aproximam do modelo difuso-concreto, na medida que um dos seus pressupostos é a existência de divergência atual sobre matéria constitucional entre os órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública. Essa divergência necessariamente emergirá de litígios judiciais apreciados por qualquer juízo ou tribunal do país. Desses litígios judiciais, em que se discutirão a interpretação, a validade ou eficácia de atos normativos, é comum surgirem vários entendimentos acerca de uma mesma questão jurídica à luz da Constituição. Instaure-se com isso, a insegurança jurídica, que se materializa na jurisprudência lotérica (LEITE, 2007, p. 69).

⁸ 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; 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 (BRASIL, 1988).

Luís Roberto Barroso (2016) define que as súmulas vinculantes podem ter como objeto a validade, interpretação ou ainda a eficácia das normas constitucionais inseridas por meio de uma emenda à constituição, assim como a legislação ordinária de quaisquer entes da federação. Seu intuito é o de veicular o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada matéria constitucional ventilada nas legislações, razão por que a partir da edição da súmula vinculante restará consolidado o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, nesse caso o enunciado do precedente tem o condão de explicitar as razões de decidir (*ratio decidendi*) que o Supremo Tribunal Federal adotou para a formulação desse enunciado.

Portanto, infere-se que o objetivo da elaboração das súmulas vinculantes guarda relação com a necessidade de se tornar amplamente conhecido o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de tornar mais célere a prestação jurisdicional e, ainda, inibir controvérsias atuais que possam surgir entre os órgãos do Poder Judiciário, assim como entre estes e a Administração Pública, de maneira a conferir segurança jurídica à população de maneira geral.

3.3 REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DA SÚMULA VINCULANTE

Em que pese o Instituto da Súmula Vinculante tenha sido introjetado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, foi através da Lei n.º 11.417/06 que restou regulamentado o processo de constituição formal das súmulas vinculantes, conforme será verificado adiante.

A Constituição Federal estabeleceu com clareza as disposições que podem ser objeto de deliberação e aprovação em se tratando de súmula vinculante, conforme o já mencionado art. 103-A da Constituição Federal de 1988, em que restringe o objeto de súmula vinculante às matérias constitucionais entre as quais haja divergências jurisprudenciais que possam engendrar grave insegurança jurídica.

Na regulamentação infraconstitucional, o Instituto da Súmula Vinculante encontra assentada na Lei n.º 11.417/2006, sendo que esta regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal disciplinando sobre a edição, revisão e o cancelamento dos enunciados de súmula vinculante.

Da análise dos primeiros artigos dessa legislação verifica-se a preocupação em repisar os requisitos para a edição da súmula vinculante previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, que essa terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia das normas, entre as quais possam haver controvérsias entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e a Administração Pública, do qual decorra em controvérsia atual e grave insegurança jurídica, além da possibilidade de multiplicação de processos sobre questão idêntica⁹.

Em que pesem as súmulas vinculantes somente possam ser editadas a partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, digno de nota, é que não se verifica na Constituição Federal, tampouco na legislação infraconstitucional quantas decisões seriam necessárias para ensejar a possibilidade de edição desses precedentes. Sendo assim, incumbe ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de analisar se a matéria controvertida se encontra passível de ser sumulada. Certo é, que para a edição desses enunciados se faz necessário debate no Plenário do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2016).

Com efeito, Glauco Salomão Leite (2007, p. 135-136) explica que não se pode criar uma súmula vinculante a partir de uma única decisão do Supremo Tribunal Federal, assim como não é possível editar o enunciado do precedente se a Corte constitucional decidir um conjunto de processos de forma simultânea, cujos contenham a mesma questão de fundo. Segundo o autor, também não é possível editar as súmulas vinculantes se houverem decisões conflitantes das Turmas daquele tribunal, ou seja, se posicionem ora de uma forma ora de outra. É necessário que tenha sido amplamente debatida a questão jurídica, caso em que

⁹ Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão (BRASIL, 2006).

deve haver um amadurecimento do entendimento do Supremo Tribunal Federal, pacificando-se as divergências de outrora, até que reste consolidado a ponto de ser possível editar o precedente interpretativo pela maioria de dois terços dos ministros do tribunal em sessão plenária, isso porque a súmula vinculante tem o condão de condensar a tese jurídica consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria controvertida.

A esse respeito, a matéria objurgada deve ter sido objeto de debate prévio no Supremo Tribunal Federal, razão pela qual há o intuito de obter-se a maturação da matéria controvertida por meio da reiteração das decisões no mesmo sentido, não sendo admissível a formulação de súmula vinculante com base em decisão judicial única, eis que não haverá controvérsia a respeito da matéria. Vale dizer ainda, que as edições das súmulas vinculantes se originam a partir de casos em concreto cuja repercussão tenha caráter geral (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1010-1011).

Importante dizer, que embora as súmulas vinculantes tenham suas origens a partir de casos concretos, estas não se prestam a discutir o interesse subjetivo das partes, porquanto os efeitos dos precedentes são *erga omnes* a partir da atribuição da força vinculante ao enunciado da súmula. É o que explica Glauco Salomão Leite (2007):

De fato, nesses processos não se discutem interesses subjetivos particulares. Esses já foram apreciados nos casos concretos (processo subjetivo), que serviram de substrato para a formação da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, nos quais, inclusive, as partes exerceram o contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, as súmulas promovem um trespasse da jurisdição constitucional difuso-concreta (processo subjetivo) para a abstrata-concentrada (processo objetivo). Observa-se então, que as deliberações concernentes às súmulas vinculantes ocorrem em momento posterior à resolução daqueles litígios individualizados. A discussão que envolve a súmula se restringe a apreciar a atribuição de força vinculante a uma específica orientação jurídica firmada na jurisprudência da corte ou a avaliar a conveniência da revisão ou cancelamento de uma súmula anteriormente existente (LEITE, 2007, p. 134-135).

Noutro sentido, verifica-se que há a necessidade de manifestação do Procurador-Geral da República sempre que este não houver formulado o pedido de edição, revisão e cancelamento de determinada súmula vinculante¹⁰.

Ainda no que diz respeito aos legitimados para propor a edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante, além de o próprio Supremo Tribunal Federal de ofício poder discutir sobre a formulação de uma súmula vinculante, impende dizer que a lei n.º 11.417/2006 em seu artigo 3º, ampliou o rol de legitimados originariamente previstos na Constituição Federal (art. 103), conforme seguem destacados apenas fins de identificação:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

[...]

VI - o Defensor Público-Geral da União;

[...]

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo (BRASIL, 2006).

Segundo Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1011) a ampliação feita pelo legislador ordinário no rol de legitimados mostrou-se adequada ao outorgar aos tribunais a possibilidade de requererem a edição, revisão e cancelamento do enunciado de súmula vinculante, isso porque são estes que cotidianamente lidam com processos judiciais sendo também de sua incumbência a solução das controvérsias que podem ensejar a edição de uma súmula vinculante.

Nota-se ainda, no parágrafo primeiro do artigo supramencionado, que o município detém a possibilidade de propor a deliberação sobre súmula vinculante, contudo, essa prerrogativa somente poderá ser exercida incidentalmente no curso de um processo em que seja parte litigante. De toda sorte, em que pese seja facultado a possibilidade de o município propor incidentalmente a discussão sobre a súmula vinculante, o processo não será sobrestado.

¹⁰ Art. 2º [...] § 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (BRASIL, 2006).

A esse respeito, não resta claro na legislação se o município somente poderá propor a discussão pela via incidental se o processo já estiver tramitando perante o Supremo Tribunal Federal, eis que é deste a competência exclusiva para deliberar sobre este instituto. Para Glauco Salomão Leite (2007, p. 141) a interpretação a ser seguida é a de que o município somente pode requerer a deliberação sobre a súmula vinculante quando o processo do qual seja parte se encontrar em trâmite no Supremo Tribunal Federal, pois é perante este que deve tramitar o procedimento de aprovação da súmula vinculante.

Já para Luís Roberto Barroso (2016), a interpretação a ser seguida deve ser aquela mais ampliativa, porquanto mesmo que o processo encontre-se tramitando em instância diversa, a proposição do ente federativo sobre a súmula vinculante não tem o condão de suspender o processo do qual seja parte, conforme disposto na própria lei de regência do instituto, o que por si só já evita o caráter protelatório da medida, se adotada pelo ente federativo, razão pela qual não haveria óbice se o município requeresse a deliberação sobre a súmula vinculante em instância diversa do que a do Supremo Tribunal Federal.

Tocante a eficácia das súmulas vinculantes, estas passam a vigor imediatamente logo após a sua deliberação¹¹, podendo sua eficácia ser restringida a outro momento por decisão de dois terços ou mais dos membros do Supremo Tribunal Federal, em caso de razões de segurança jurídica ou de relevante interesse público, conforme dispõe o artigo 4º da lei n.º 11.417/2006:

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, é de se dizer que as súmulas vinculantes admitem a moderação dos seus efeitos para o futuro, porquanto o Plenário do Supremo Tribunal Federal poderá definir qual será o termo inicial para a aplicação do enunciado, tendo em vista a conveniência jurídica, ou ainda, a conveniência política da medida (HIROSE; GEBRAN NETO, 2010, p. 518).

¹¹ Art. 2º [...] § 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo (BRASIL, 2006).

Sendo assim, os ministros do Supremo Tribunal Federal poderão modular os efeitos e o termo inicial de aplicação da súmula vinculante em caso de relevante interesse público ou em razão da segurança jurídica. Contudo, em caso de aplicação imediata das súmulas vinculantes, é interessante destacar que as ações pendentes de julgamento deverão observar o enunciado aprovado, mas para os julgamentos já proferidos tem-se que estes não se tornarão nulos, seja em razão da figura do ato jurídico perfeito ou ainda, pela coisa julgada material. O que eventualmente poderá ser proposto, dependendo das minúcias de cada caso, é que a parte poderá lançar à mão os recursos que lhe são disponíveis justificando as razões pelas quais a súmula vinculante não se adequa à sua pretensão, ou ainda, manejar ação rescisória, se ainda estiver em seu prazo para, em tese, desconstituir o ato e adequá-lo ao enunciado da súmula vinculante (BARROSO, 2016).

Cabe dizer ainda, que a lei n.º 11.417/2006 estabeleceu que “Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 2006).

Sendo assim, as disposições sobre o procedimento a ser seguido, no que tange ao trâmite da súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal, encontra-se disposto entre os artigos 354-A a 354-G do seu Regimento Interno.

Dentre os dispositivos mencionados, é de se destacar que há a faculdade de um dos ministros do Supremo Tribunal Federal logo após o julgamento do mérito de um processo, submeter à apreciação imediata do Plenário do tribunal a edição de uma súmula vinculante, conforme assim disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Art. 354-E. A proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá versar sobre questão com repercussão geral reconhecida, caso em que poderá ser apresentada por qualquer Ministro logo após o julgamento de mérito do processo, para deliberação imediata do Tribunal Pleno na mesma sessão (BRASIL, 2017).

De outro turno, é interessante destacar que podem haver revisões nos enunciados das súmulas vinculantes, eis que é da natureza da sociedade estar em constante transformação, caso em que o Direito necessita acompanhar tais mutações, por consectário é imprescindível a possibilidade de fazer alterações no corpo legislativo e, da mesma forma adequar as súmulas vinculantes à realidade

social, exigindo-se, de igual forma, decisões reiteradas sobre o assunto (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1011).

Nessa senda, em que pese o enunciado aprovado pelo Supremo Tribunal Federal vincular as decisões futuras, nada impede que haja uma adequação ou cancelamento da súmula vinculante em razão de uma transformação da sociedade a ponto de inviabilizar ou mostrar-se impertinente a aplicação do enunciado em determinadas situações.

Por fim, tanto no texto constitucional¹², quanto na lei n.º 11.417/2006, foi previsto a possibilidade de reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal em caso de decisão judicial ou ato administrativo que contrariar o enunciado de súmula vinculante, ressalvado, nos casos de ato administrativo, o esgotamento das vias administrativas¹³.

A medida judicial da reclamação constitucional dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal visa evitar o esvaziamento do Instituto da Súmula Vinculante por insubordinação dos órgãos do Poder Judiciário e também da Administração Pública, caso em que a Corte Constitucional poderá cassar o ato impugnado determinando, por conseguinte, que seja proferido em substituição, outro ato ou decisão que esteja em consonância com o entendimento contido no enunciado da súmula vinculante (BARROSO, 2016).

Por essa razão, é que afirmam Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1013) que a súmula vinculante é dotada de coercibilidade, pois a possibilidade de propor reclamação contra o ato ou a decisão que contrariar o enunciado de súmula vinculante tem o condão de preservar a competência e garantir a autoridade do

¹² Art. 103-A. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, 1988).

¹³ Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (BRASIL, 2006).

Supremo Tribunal Federal perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.

4 ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EDIÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE: CONTROVÉRSIAS DO INSTITUTO

A edição das súmulas vinculantes tem por objetivo a fixação de uma tese jurídica passando a sedimentar o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria. Em que pese se origine de demandas que versem sobre interesses particulares, após a sua aprovação a súmula vinculante passa a conter um preceito abstrato e geral, razão por que o enunciado sumular passa a transcender o caso em concreto pelo qual foi ensejado, ou seja, passa a produzir seus efeitos para todos os demais casos similares. Significa dizer, que após a sua aprovação o enunciado da súmula vinculante passará a ter caráter de imperatividade e atributividade, isto é, as mesmas características que possuem as leis, isso porque devem ser de observância obrigatória no proceder forense (FUX; NERY JR.; WAMBIER, 2006, p. 205).

A súmula vinculante, de certo modo, veio para suprir a lacuna existente na declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, sendo que quando há essa declaração no caso em concreto os efeitos da decisão apenas alcançariam as partes e, para ter eficácia *erga omnes* é necessário que o Senado Federal suspenda a executoriedade da lei.

Dessa maneira com a possibilidade de edição de súmula vinculante, a função do Senado Federal, no sentido de retirar a eficácia da norma declara inconstitucional pela via incidental, restou de certa maneira prejudicada, eis que a partir da aprovação da súmula vinculante, que pode ser editada a partir de um caso em concreto, se tiver por objeto a validade de determinada lei, essa poderá ser retirada a sua eficácia a partir da aprovação do enunciado, não sendo mais necessário aguardar a deliberação pelo Senado Federal.

4.1 A RELAÇÃO ENTRE AS SÚMULAS VINCULANTES E A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARA INCONSTITUCIONAL

Para que seja possível avançar em relação ao tema proposto nesse item, discutir-se-á o papel do Senado Federal em relação a suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pela via incidental, eis que a declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Constitucional apenas produz seus efeitos às partes do processo. Assim, procurar-se-á demonstrar a função das súmulas vinculantes a fim de que seja possível conferir eficácia imediata e *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal sem que seja necessário aguardar a declaração do Senado Federal a fim de retirar a eficácia da norma declarada inconstitucional pela via incidental.

Assim, deve-se mencionar o dispositivo constitucional que atribuiu ao Senado Federal a faculdade de suspender um ato normativo declarado inconstitucional por meio incidental, ao qual define que é competência privativa do Senado Federal “Art. 52 [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, 1988).

Luís Roberto Barroso (2016), sobre o tema, diz que tanto a decisão proferida em sede de controle concentrado, quanto aquela produzida pela via incidental deveriam ter o mesmo alcance, além de produzir efeitos idênticos. Por isso, o autor entende que a atribuição dada ao Senado Federal para suspender a execução de determinada lei, após a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seria algo que não mais contextualizaria com a Constituição Federal, em que pese haja previsão constitucional, esta atribuição passou a expressar algo fora de seu tempo, eis que a necessidade de manifestação do Senado Federal remeteria à separação dos poderes, em que cabia ao poder que detinha a função de legislar, a faculdade de suspender a executoriedade de determinada lei, discussão essa, já superada para a doutrina.

Em que pese o posicionamento de Barroso sobre o tema, em que sustenta a necessidade de se ter efeitos idênticos às decisões proferidas em sede de controle concentrado para aquelas proferidas pela via incidental pelo Supremo

Tribunal Federal, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1129-1131), ensinam que o papel do Senado Federal, quanto à lei ou ao ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é o de atribuir eficácia *erga omnes* àquela decisão que, em tese¹⁴, somente produziria efeitos entre as partes do processo, razão pela qual com a suspensão da lei ou do ato normativo pelo Senado Federal, poder-se-ia dar alcance normativo em caráter geral ao julgado proferido pelo Tribunal Constitucional.

Assim, para José Afonso da Silva (2014, p. 55-57), a sentença de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal através da via indireta, não tem o condão de anular e, tampouco, revogar a lei ou de ato normativo declarado inconstitucional, porquanto a lei continua em vigor, eficaz e, em que pese a controvérsia da Corte Constitucional, ainda continua a ser aplicável até que o Senado Federal suspenda a executoriedade daquele comando normativo. Isso porque mesmo diante do fato de existir uma decisão do Tribunal Constitucional em cujo o sentido seja o da inconstitucionalidade da norma, os demais magistrados do Poder Judiciário podem entender que a norma é constitucional e, por consectário continuarem aplicando-a enquanto não restar suspensa pelo Senado Federal. O contrário ocorre na Ação Direta de Inconstitucionalidade, quando a decisão do Supremo Tribunal Federal desde logo possuirá eficácia contra todos e caráter vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como à Administração Pública direta e indireta em todos os seus níveis, fazendo assim, coisa julgada material no que tange aos efeitos da lei, pois a eficácia da norma é prontamente retirada do âmbito jurídico, eis que a decisão não será meramente declaratória como assim o é quando proferida pela via incidental.

Nessa toada, também explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 1044), que a suspensão da lei pelo Senado Federal tem o caráter de atribuir eficácia contra todos para a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle constitucionalidade pela via incidental, principalmente tendo em vista que os

¹⁴ Quando se fala que as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal através da via incidental, produziram seus efeitos, em tese, somente às partes do processo, quer ressaltar-se a importância que os precedentes jurisprudenciais têm alcançado nas últimas décadas e, por isso, uma decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de uma lei, ainda que pela via difusa, pode levar aos demais magistrados brasileiros a seguir o posicionamento da Excelsa Corte.

juízes e tribunais não estariam vinculados a decisão do Supremo Tribunal Federal em razão dessa decisão ter sido proferida em processo pela via incidental. Segundo os autores, essa atribuição dada ao Senado Federal se consubstanciava em razão da já superada discussão de separação dos poderes, eis que caberia ao Poder incumbido de formular as leis a atribuição de retirar a sua eficácia quando reconhecida a sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Cabe mencionar ainda, que mesmo com a inércia do Senado Federal em deixar de atribuir eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal, este modo de proceder também não implicaria em afronta ao princípio da separação dos poderes, eis que já restou definido que a atuação do Senado Federal tem caráter político e discricionário. Assim, poder-se-ia deixar de atribuir eficácia geral à decisão sem quaisquer implicações àquela Casa do Congresso Nacional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p 1131).

Nesse sentido, é que a aplicação da súmula vinculante ganha força quando confrontada com a possibilidade de o Senado Federal deixar de atribuir eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal, isso porque com a aprovação da súmula vinculante, esta terá eficácia imediata e contra todos desde a sua publicação, conforme artigo 4º da Lei n.º 11.417/2006 estudado no item 3.3 supra. Outrossim, consoante o artigo 354-E do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, também estudado no item 3.3 supra, qualquer dos ministros deste Tribunal poderá apresentar proposta de súmula vinculante após o julgamento do mérito de um processo.

Dessa forma, será possível solucionar o problema de inefetividade do Senado Federal no que tange à suspensão da execução do ato normativo declarado inconstitucional, o qual permaneceria válido e gerando efeitos no ordenamento mesmo após a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, razão pela qual a própria súmula vinculante teria eficácia *erga omnes* e afastaria de imediato a aplicabilidade daquela lei ou ato normativo declarado inconstitucional por meio do controle difuso de constitucionalidade, sendo essa uma das principais funções do instituto (SILVA, 2014, p. 573).

Nessa senda, se toda e qualquer decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental, o Senado suspendesse a exectoriedade da lei, a aplicabilidade da súmula vinculante seria

inócua, eis que não faria sentido cumprir todos os requisitos para a formulação de uma súmula vinculante, sendo que a suspensão da execução da lei, pelo Senado Federal, evitaria a controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou ainda deste para com a Administração Pública (LEITE, 2007, p. 87).

Assim, verifica-se que a aplicabilidade do Instituto da Súmula Vinculante reside justamente no ponto em que o Senado Federal deixa de conferir eficácia geral à decisão do Supremo Tribunal Federal exarada pela via incidental, isso porque de nada faria sentido uma lei declarada inconstitucional, pelo Tribunal competente para decidir em matéria constitucional, se ainda assim essa lei continuasse a produzir seus efeitos no mundo jurídico, podendo gerar insegurança jurídica, inclusive.

Ao que parece, o Instituto da Súmula Vinculante, implementado no sistema jurídico brasileiro com a reforma do Poder Judiciário, tentou conferir a mesma eficácia constitucional verificada nas ações do controle de constitucionalidade concentrado. Com efeito, o que se verifica é que a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário não sendo possível mais decidir contrariamente ao entendimento fixado pela Corte Constitucional, conforme explicam Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016):

Todos ficam submetidos à decisão pela circunstância de não poderem discutir a constitucionalidade da lei em abstrato. Uma vez que decidida a (in) constitucionalidade da lei, nada pode ser feito pelos cidadãos ou por todos os que são representados pelos legitimados ao controle abstrato. Estão eles submetidos à decisão, sendo impossível o seu questionamento em qualquer ação concreta. Retenha-se o ponto: a estabilidade da decisão não deriva da impossibilidade de se voltar a questionar a constitucionalidade, mas da impossibilidade em discuti-la e da submissão à decisão tomada pelo Tribunal constitucionalmente legitimado a defini-la (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 1131).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal visa atingir efeitos imediatos retirando a aplicabilidade da lei declarada inconstitucional, bem como dar amplo alcance do julgado vinculando todas os órgãos do Judiciário (SILVA, 2014, p. 56-57).

No mesmo sentido, Barroso (2016) explica que, aos efeitos da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, esta produzirá efeito vinculante perante os órgãos do Poder Judiciário e também à Administração Pública, além do que não será possível que qualquer juiz ou tribunal decida de modo diverso do

entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, além do fato de que a inobservância da decisão, poderá implicar em reclamação constitucional dirigida diretamente ao Supremo Tribunal Federal para que se faça cumprir o entendimento por este fixado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tal qual se verifica em relação à súmula vinculante.

Portanto, à vista do Instituto da Súmula Vinculante em que a partir da sua implementação no sistema jurídico constitucional brasileiro, restou possibilitado a atribuição de efeito vinculante com caráter geral e eficácia *erga omnes* para os enunciados de súmulas a fim de dirimir controvérsias existentes quando da aplicação do Direito pelo Poder Judiciário ou em relação entre este e a Administração Pública, ao que parece quis-se atribuir a mesma efetividade que possuem as declarações de (in) constitucionalidade em cuja eficácia se dá em relação à todos, excetuando-se o Poder Legislativo.

Dessa maneira, constata-se a pouca efetividade que possui a declaração de inconstitucionalidade pela via incidental, uma vez que a atribuição de efeito vinculante e eficácia perante todos depende exclusivamente da suspensão da executividade da lei ou do ato normativo pelo Senado Federal. Isso porque essa atuação é discricionária por parte desta casa legislativa, não sendo possível exigir uma atuação positiva do Senado.

Salienta-se ainda, que atuação do Senado Federal em suspender ou não a executividade da lei, não se mostra eficaz nesse ponto, isso porque se o Supremo Tribunal Federal decidir incidentalmente que determinada lei é inconstitucional, assim também o faria se algum dos legitimados propusessem a ação direta de inconstitucionalidade, pois seria possível antever o resultado do julgado ante a manifestação pretérita da Corte constitucional (BARROSO, 2016).

Portanto, a Súmula Vinculante, vista como instrumento que possibilita que as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas pela via incidental possam ter alcance geral vinculando aos demais tribunais e juízes, aproxima-se da eficácia que as ações do controle concentrado de constitucionalidade possuem, eis que o Tribunal, após o devido processo de criação das súmulas vinculantes, pode atribuir eficácia vinculante ao enunciado de súmula impondo observância obrigatória deste para as decisões futuras, isso porque as súmulas vinculantes derivam de decisões

proferidas a partir de casos concretos julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

4.2 CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS AO INSTITUTO DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL

É cediço que o Instituto da Súmula Vinculante foi introduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da reforma do Poder Judiciário, através da emenda constitucional n.º 45/2004. Ocorre, que divergências quanto ao instituto movimentaram a produção doutrinária, uma vez que verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, após a reforma promovida, passou a ter a faculdade de aprovar súmulas que até então possuíam apenas o caráter persuasivo, atribuindo-lhes efeito vinculante. Nesse passo, parte da doutrina brasileira se posicionou favoravelmente à Súmula Vinculante e parte a rechaçou, conforme serão demonstrados os posicionamentos em relação ao instituto na doutrina brasileira.

Quando se fala da reforma do Judiciário, surgem questões divergentes acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas de efeito vinculante, isso porque se discute a incongruência de se impor aos órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta uma interpretação fixa acerca de determinada matéria, podendo tolher o acesso à justiça. A aplicação da súmula vinculante foi pensada para viabilizar a redução do acúmulo de processos que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal que, por meio do precedente, poderá anular até mesmo ato administrativo, ou ainda, poderá cassar a decisão reclamada, as quais venham a contrariar o enunciado da súmula vinculante (SILVA, 2014, p. 564-565).

Conforme já destacado, as súmulas vinculantes são provenientes de reiteradas decisões sobre matéria constitucional e, após a sua aprovação, os órgãos do Poder Judiciário nas instâncias que estão abaixo do Supremo Tribunal Federal, terão, obrigatoriamente, que observar em suas decisões a linha de interpretação pré-definida pelo órgão de cúpula do Judiciário. Assim, verifica-se que se estabelece uma relação de subordinação obrigatória para as decisões futuras, pois as súmulas

vinculantes poderão ser aplicadas aos casos que somente possuam semelhança ao preceito interpretativo, nessas situações, o julgador ante a obrigatoriedade de observar o enunciado da súmula, poderá equivocadamente aplicá-lo ao caso, isso porque estará impedido de interpretar e decidir contrariamente ao preceito já sumulado (TEIXEIRA, 2008, p. 76).

Em crítica aos métodos de aplicação dos enunciados das súmulas vinculantes, Brianezi (2013, p. 7-9), defende que, na tentativa de se elaborar um conceito fechado de orientação jurisprudencial expressada em um enunciado, cuja finalidade é a simples subsunção do caso concreto ao texto da súmula vinculante, as particularidades do caso concreto seriam desconsideradas em detrimento da celeridade da prestação jurisdicional, o que afastaria a função precípua do julgador que é a análise das minúcias do caso controvertido. Tem-se ainda, que há a possibilidade de os aplicadores do Direito se acomodarem diante dos ementários resumidos dos enunciados. Isso porque, segundo a autora, as súmulas vinculantes vêm sendo aplicadas de modo automático, ou seja, o aplicador do direito parte da ementa do enunciado, não se preocupando com os fundamentos jurídicos que ensejaram a formulação do enunciado, sendo que esses fundamentos é que deveriam ser observados para que de fato se pudesse aplicar a súmula vinculante ao caso em litígio.

A jurisprudência consolidada em uma súmula vinculante passará a ser também fonte do Direito. Assim, as interpretações expressadas por meio desses enunciados possuirão eficácia *erga omnes*, podendo, dessa forma, alterar de maneira direta o ordenamento jurídico positivo, eis que a observância desses preceitos interpretativos tem caráter obrigatório tanto para Administração Pública, quanto para o próprio Judiciário (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 6).

Outrossim, nota-se que a súmula vinculante interfere de maneira significativa no âmbito jurídico, como se vê a seguir:

Vislumbra-se a interferência das edições das Súmulas Vinculantes tanto no direito formal quanto no material, decorrente da abrangência instituída aos seus efeitos. Por exemplo, no plano processual, o princípio do livre convencimento motivado e do contraditório é atingido já que o órgão judicial deve observar o enunciado sumular em sua decisão. Já no plano material, normas que poderiam ser analisadas pelo juízo do caso são mitigadas diante o prévio pronunciamento do STF verbalizado na Súmula Vinculante, que se sobrepõe (SOUZA, 2015, p.50).

Nessa toada, diante das razões expostas na doutrina, verifica-se que as súmulas de efeito vinculante acabam tolhendo a função primordial do julgador, obrigando-o a decidir conforme o precedente editado, abstraindo assim, a possibilidade de analisar se no caso em concreto a situação se amolda perfeitamente à súmula, ou se somente o caso em litígio apresenta-se com roupagem parecida com o enunciado sumulado, mas que em verdade podem existir questões peculiares as quais possam afastar a incidência da súmula.

Por outro lado, Streck (2009, p. 74), admite a possibilidade de se interpretar o próprio enunciado da súmula vinculante, tal qual como se faz com a lei, assim, por mais lógico e claro que possa parecer, a súmula vinculante por ser uma normatividade expressa em texto, pode sim ser interpretada devendo haver subsunção do fato em relação a súmula vinculante, todavia, essa interpretação é limitada apenas para verificar se o caso realmente se adequa ao enunciado da súmula vinculante, caso em que não se poderá decidir de forma contrária a este. A controvérsia reside no sentido de que caso um magistrado decida em dissonância com a lei, a parte que se sentir prejudicada, poderá apresentar recurso. Entretanto, o juiz simplesmente não poderá julgar em contrariedade com a súmula vinculante, mesmo que seu entendimento seja diverso do adotado no preceito, por isso é que se diz que a lei não vincula o magistrado nas suas decisões, todavia, a súmula vinculante sim.

Com efeito, acerca da extensão que a súmula vinculante pode abranger, Mancuso (2014) explica que:

Poder-se-ia objetar que a força obrigatória das súmulas vinculantes do STF não se expande com a mesma latitude e profundidade de uma norma legal, já que o efeito vinculativo se confina ao interno dos órgãos jurisdicionais e da Administração Pública; todavia, não como negar que as pessoas físicas e jurídicas do país, assim no setor público como no privado, interagem – efetiva ou potencialmente – com o Judiciário e o Executivo, de sorte que, em modo de vasos comunicantes, todos os atores da cena jurídica acabam afetados em certa medida, reflexamente, pelos enunciados obrigatórios que vinculam ambos aqueles Poderes. É dizer, a súmula vinculante do STF projeta-se em face de destinatários: (i) diretos e imediatos: os magistrados e os agentes da Administração Pública; (ii) indiretos e mediatos, por via reflexa: as pessoas físicas e jurídicas em geral. (MANCUSO, 2014.)

De toda sorte, os pontos principais quando se fala em súmula vinculante residem no sentido da possibilidade de usurpação da função legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal, pois afetaria o princípio da separação dos poderes, bem

como no engessamento das teses de direito impedindo a sua evolução, eis que afetaria a livre convicção do juiz (CLÈVE, 2014b).

Além das implicações alhures, há que se dizer que no sistema jurídico brasileiro a principal fonte do direito é a lei, editada em consonância com as regras procedimentais estabelecidas na Constituição Federal por meio do Poder Legislativo, o que corrobora ainda mais o Estado Democrático de Direito, isso porque há a participação popular, por meio dos representantes eleitos, na formulação das leis. Com efeito, somente em virtude de lei é que o cidadão poderia ser compelido a agir ou não de determinada maneira. No caso de edição de súmula vinculante, tem-se que sua obrigatoriedade vai muito além dos efeitos previstos para uma lei qualquer, isso porque impõe interpretação e observância obrigatória, características que não se encontram presentes na lei editada pelo Poder Legislativo o que, por sua vez, faz concentrar no Poder Judiciário atribuições que o Poder Legislativo não detém, embora seja esse o Poder que a Constituição Federal atribuiu a atividade legiferante (CARIBÉ, 2008, p.14).

Em igual sentido expõe Streck (2009, p.74), que o princípio constitucional da legalidade corrobora o sentido de que ninguém poderá ser obrigado a fazer algo ou deixar de fazê-lo senão em virtude de lei e não em virtude de súmula vinculante. Razão pela qual, ao que parece, o autor faz dura crítica ao sistema jurídico brasileiro, pois no Brasil a lei não vincula as decisões dos magistrados, a *contrário sensu* a súmula sim, mesmo que seja contrária ao texto constitucional em sua acepção material. Nesse ínterim, os juízes estão obrigados a observar nos seus julgados o enunciado das súmulas vinculantes, sob pena de ser encaminhada reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal para que se faça cumprir o entendimento fixado pela Corte sobre determinada matéria.

Justificando a necessidade de edição das súmulas vinculante, Alexandre de Moraes (2014), atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu Curso de Direito Constitucional define que:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária (MORAES, 2014, p. 815-816).

É interessante apontar o posicionamento doutrinário do autor a respeito da súmula vinculante, comparando com sua posição quando explica o princípio da legalidade (como indicado no item 2.3), isso porque o entendimento do autor é aparentemente contraditório, uma vez que, tratando da legalidade, defende que o indivíduo somente pode ser compelido a agir de determinada forma se houver uma lei regularmente editada pelo poder competente, obedecendo ao processo legislativo, assevera ainda, que constitui verdadeiro direito para o indivíduo que este pode abster-se no seu dever de agir ou não, somente se a lei assim definir. Como mencionado, ao que parece, demonstra-se com isso um posicionamento conflitante, sendo que ora defende que o indivíduo somente deve agir se houver lei em determinado sentido e outrora defende que devem ser respeitadas as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal, as quais também impõe um dever de agir ou de abster-se. Assim, conforme visto, ao se posicionar a respeito das súmulas vinculantes, entretanto, o autor diz que a edição da súmula vinculante se justifica em razão da necessidade de coibir as desigualdades jurisprudenciais, isto é, da necessidade de uma interpretação uníssona da norma jurídica, conferindo segurança jurídica aos jurisdicionados e, assim, estaria justificada a liberalidade outorgada ao Supremo Tribunal Federal para editar súmulas vinculantes que impunham ao indivíduo determinada maneira de agir.

Retomando, para Hirose e Gebran Neto (2010, p. 520-522), o principal fundamento das súmulas vinculantes é conferir segurança jurídica à sociedade, pelo que o instituto encontra respaldo no princípio constitucional da igualdade previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A igualdade e a segurança jurídica defendida pelos autores pode ser verificada quando se afastam os percalços processuais que porventura podem ocorrer no processamento de uma pretensão em juízo. Dessa maneira, seria possível que o maior número de jurisdicionados tivessem o mesmo resultado processual pretendido (lides semelhantes), evitando-se a sorte de perdas de prazos processuais, não subida de recursos por falta de prequestionamento ou de apontar com precisão qual seria a repercussão geral do caso em concreto, por exemplo. Pelo que a edição da súmula vinculante tem o condão de minimizar esses infortúnios processuais e garantir que o direito seja aplicado de forma mais igualitária possível. Além do que a segurança jurídica seria também expressada pela prévia ciência do resultado processual consubstanciado no

entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal, pois esse entendimento deve ser seguido pelos órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública caso haja súmula vinculante nesse sentido.

Glauco Salomão Leite (2007, p. 96-102), posiciona-se no sentido de que não há interferência quanto a separação dos poderes, tampouco ao princípio da legalidade, quando o Supremo Tribunal Federal edita um enunciado de súmula vinculante, isso porque este é criado a partir da jurisdição difuso-concreta, eis que sua aprovação se dá em decorrência de reiteradas decisões no mesmo sentido sobre casos em concreto pelo Supremo Tribunal Federal. E, quanto ao fato desse tribunal possuir a faculdade de propor de ofício a edição de súmula vinculante, segundo o autor, essa atribuição diz respeito somente ao procedimento de instauração para deliberação quanto à criação do enunciado, que deve ser precedido de reiteradas decisões sobre a matéria, o que não alteraria o procedimento legislativo previsto na Constituição Federal e atribuído ao Poder Legislativo, isso porque a lei caracteriza-se por seu caráter geral e abstrato em que se prevê determinada situação, uma inovação no cenário jurídico, enquanto que a edição de súmula vinculante somente sedimentaria o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e posteriormente é que se editaria súmula vinculante a fim de fazer-se cumprir o entendimento do Tribunal já nas instâncias ordinárias. Assim, para que se possa editar uma súmula vinculante é necessário que haja uma lei e que sua interpretação e aplicação possua controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre esses e o Poder Executivo, ou seja, a lei precede a formulação e aprovação de uma súmula vinculante, sendo que essa apenas expressa o entendimento sedimentado da Corte Constitucional sobre a própria lei controvertida.

Para Barroso (2016), a orientação jurisprudencial expressada por meio da edição de uma súmula vinculante apenas confere eficácia geral a um determinado posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria constitucional que seria expressada em qualquer caso que chegasse ao Tribunal para julgamento. Por isso, a utilização das súmulas vinculantes corresponde a aplicação do entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal já nas instâncias ordinárias, sendo desnecessária a movimentação de um processo até que se chegasse a Corte Constitucional para que o entendimento fosse aplicado. O que, se justifica por critérios de igualdade de aplicação do Direito e ainda, na eficiência da prestação

jurisdicional, o que descaracterizaria uma possível usurpação da função legislativa. Interessante ainda é o posicionamento do autor quando se fala em vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal, em que pese a aprovação, revisão e cancelamento da súmula vinculante necessitar da deliberação de dois terços dos ministros membros do tribunal, o que corresponde a oito ministros, para o autor, esse mesmo tribunal poderia deixar de aplicar o enunciado por decisão da maioria absoluta, ou seja, por deliberação de seis ministros. No entendimento do autor, essa situação mostra-se inusitada, eis que mesmo com a troca de composição do Supremo Tribunal Federal, os novos ministros estariam obrigados a aplicar o precedente mesmo quando a maioria absoluta da nova composição desse tribunal entendesse de forma diversa. Por isso, o autor defende que com aprovação da maioria absoluta dos ministros do Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia deixar de aplicar o precedente mesmo este amoldando-se perfeitamente ao pleito.

Com efeito, o que se infere, portanto, é que se adotado o entendimento de Barroso, o Supremo Tribunal Federal faria valer a sua jurisprudência aos demais órgãos do Poder Judiciário e até mesmo à Administração Pública, mas quando se deparasse com essa vinculação na própria Corte, poderia haver uma tendência de afastá-la com a deliberação de quórum inferior ao exigido para a aprovação de uma súmula vinculante, sob o argumento de que se a maioria dos ministros entender que o enunciado não mais corresponde com a norma constitucional, diga-se, da maioria dos ministros que viessem a compor o Tribunal, o entendimento sedimentado em uma súmula vinculante não deveria ser aplicado.

Nesse sentido, parece ser mais acertado o entendimento de Mendes, Coelho e Branco (2009), pelo quais a desvinculação do preceito somente seria possível se fossem respeitados os mesmos requisitos formais previstos na Constituição Federal e também na lei de regência das súmulas vinculantes, conforme explicam:

A afirmação de que inexistiria uma auto vinculação do Supremo Tribunal Federal ao estabelecido nas súmulas há que ser entendida *cum grano salis*. Talvez seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considera-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1013).

Não se olvida que podem haver mudanças de entendimento, principalmente quando há mudança na composição dos ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, que se faça respeitando os requisitos estabelecidos pela Constituição Federal e também pela Lei n.º 11.417/2006 que regulamentou o Instituto da Súmula Vinculante. Assim, denota-se, nesse aspecto, incongruência quanto a aplicação do instituto no Supremo Tribunal Federal, isso porque poderá engendrar grave insegurança jurídica ao jurisdicionado, como se quis combater quando se possibilitou a edição das súmulas de efeito vinculante.

4.3 SÚMULAS VINCULANTES N. ° 13, 24 E 56: EXCESSO OU EXERCÍCIO REGULAR DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL?

Neste subitem serão estudadas algumas súmulas já editadas pelo Supremo Tribunal Federal e, nesse passo será analisado se a atuação da Excelsa Corte obedeceu a regulamentação contida na Constituição Federal, bem como na Lei n. ° 11.417/2006.

A fim de delimitar o estudo elegeu-se, as seguintes súmulas vinculantes para serem analisadas: 13, 24 e 56. As súmulas vinculantes foram selecionadas após a leitura dos enunciados das cinquenta e seis existentes, sendo escolhidas as súmulas vinculantes 13 e 24 em função de que seus enunciados podem conter caráter legislativo, ou seja, por supostamente ferir o princípio da legalidade e da separação de poderes, o que torna seus textos mais relevantes para a análise e verificação do tema proposto nessa monografia. A súmula vinculante 56, por outro lado, foi selecionada porque, com base nas leituras realizadas, parece atender aos preceitos exigidos para a aprovação de uma súmula vinculante cujo objetivo é a consolidação de jurisprudência sedimentando o entendimento do Supremo Tribunal Federal em um enunciado de súmula vinculante, como procurar-se-á demonstrar nos parágrafos que seguem.

Iniciando o estudo pela súmula vinculante 13, *prima facie* cabe trazer à baila o seu enunciado:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2018).

A referida súmula foi aprovada por unanimidade na sessão plenária realizada em 21 de agosto de 2008, e diz respeito a vedação do nepotismo. Quanto aos seus pressupostos verifica-se que o critério de reiteradas decisões em matéria constitucional foi regularmente atendido, eis que os precedentes que engendraram a aprovação da súmula vinculante foram (na ata de aprovação da súmula ainda constam como precedente o MS 23780 e a ADI 1521):

Quadro 1 – Contexto normativo da Súmula Vinculante 13

Referência normativa Precedentes	Constituição Federal de 1988, art. 37, "caput".
<p style="text-align: center;">ADC 12 (julgamento em 20/08/2008)</p>	<p>A Ação Declaratória de Constitucionalidade foi proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, em que se objetivava a declaração de constitucionalidade da resolução n.07 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que proíbe o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, sendo que o objetivo da resolução é disciplinar o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Sustentou-se na ADC 12, que o CNJ não detinha atribuição para regulamentação em caráter abstrato dos princípios constitucionais, entretanto, a ADC 12 foi julgada procedente.</p> <p>À época, a argumentação exposta pela associação foi no sentido de que a vedação ao nepotismo era uma regra constitucional que decorria dos princípios da impessoalidade, igualdade, moralidade, bem como da eficiência na administração pública, assim previstos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.</p>
<p style="text-align: center;">RE 579951 (julgamento em 20/08/2008)</p>	<p>No referido Recurso Extraordinário foi reconhecida a repercussão geral da matéria ante a vedação ao nepotismo na ação declaratória de nulidade de ato administrativo. O caso concreto dizia respeito a nomeação do irmão de um vereador (cargo de Secretário Municipal de Saúde) e do irmão do vice-prefeito (cargo de motorista), do município de Água Nova/RN. No julgado houve o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte no sentido de que não havia ilegalidade no ato, mesmo à vista do grau de parentesco dos nomeados com as autoridades daquele município. Isso porque considerou que não se aplicava a resolução n.07 do Conselho Nacional de Justiça, sendo que esta estaria adstrita apenas ao Poder Judiciário.</p> <p>No julgamento do Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a vedação ao nepotismo não exigiria lei formal que tivesse por escopo a restrição ao nepotismo sendo essa dispensável, eis que os princípios contido no artigo 37, <i>caput</i>, da Constituição Federal de 1988 seriam autoaplicáveis. Na ementa do julgado ainda fez-se constar a expressão</p>

	“precedentes”, ou seja, denota-se que a matéria reiteradamente já havia sido discutida a ponto de que o entendimento balizado corroborava a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria.
--	---

Fonte: Elaboração própria com base nos precedentes basilares da súmula vinculante 13: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>.

Verifica-se, portanto que a Súmula vinculante 13 atendeu ao requisito de reiteradas decisões em matéria constitucional, além do que no RE 579951 fez constar no Acórdão a expressão “precedentes” o que denota que a matéria *sub judice* já havia sido discutida reiteradas vezes a ponto de haver vários precedentes sobre a matéria atinente a vedação ao nepotismo, e com a aprovação da súmula vinculante 13 fez-se transparecer aos demais órgãos do Poder Judiciário, assim como aos demais Poderes o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Contudo, no que diz respeito ao princípio da separação dos Poderes e também ao princípio da legalidade, para Khouri e Tavares (2014, p. 13-14), a determinação contida na súmula vinculante 13 impõe uma proibição à autoridade nomeante, e em razão de à época da aprovação da súmula vinculante, não haver uma lei específica¹⁵ que tratasse da matéria, o enquadramento que a referida súmula alcançou, revestiu-se e reveste-se, de uma norma impositiva, isso porque em que pese a Constituição Federal em seu art. 37, *caput*, aduzir que a Administração Pública pautar-se-á pelo princípio da moralidade, o inciso II do mesmo artigo, diz que é livre a nomeação para o cargo em comissão nos termos da lei. Nesse caso, por não haver lei sobre o assunto, a súmula vinculante editada por meio do Supremo Tribunal Federal, fez as vezes do legislador e abordou situações e hipóteses que não seriam passíveis de nomeação, dessa forma, criou uma normatividade a ser seguida pelos três Poderes.

Não se olvida o caráter moral contido na súmula vinculante 13, contudo, da análise dos pressupostos para edição da súmula vinculante, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal extrapolou os limites para sua criação, pois o enunciado vinculante passou a ter caráter de abstração e imperatividade tal qual, como a lei, e ao que parece, feriu o princípio da legalidade, bem como o princípio da separação

¹⁵ Atualmente, o Decreto nº 7.203, de 4 de junho De 2010, trata da vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal.

dos poderes, pois a restrição quanto à nomeação dependeria de lei específica, como bem evidenciado no texto constitucional.

Ainda há que ser salientado, que a súmula vinculante deve ter por objeto a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, ocorre que, o enunciado da súmula vinculante 13 apenas conta como referência legislativa o próprio artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, sendo assim, não houve norma a ser interpretada, mas tão somente, ao que parece, teve por intuito a necessidade de regulamentar, por meio da súmula vinculante, a vedação ao nepotismo.

No que tange a súmula vinculante 24, tem-se que esta foi aprovada na sessão plenária do dia 02 de dezembro de 2009, cuja redação é a seguinte: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL, 2018).

Como atendimento do requisito de reiteradas decisões sobre matéria constitucional constam os seguintes precedentes (na ata de aprovação da súmula ainda constam como precedente o HC 86120; HC 85428, HC 83353 e HC 81611):

Quadro 2 – Contexto normativo da Súmula Vinculante 24

Referência normativa	Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV; e art. 129, I. Código Penal de 1940, art. 14, I; e art. 111, I. Código Tributário Nacional de 1966, art. 142, "caput". Lei nº 8.137/1990, art. 1º, I, II, III e IV. Lei nº 9.430/1996, art. 83. Lei nº 10.684/2003, art. 9º, § 2º.
Precedentes	
HC 85185 (julgamento em 10/08/2005)	O referido precedente diz respeito a um <i>Habeas Corpus</i> impetrado com a finalidade de trancar a persecução penal em razão de o paciente alegar que não havia justa causa para a ação penal, eis que estava sendo discutida, na instância administrativa, a inexistência do débito tributário, cujo é pressuposto mínimo para a caracterização do ilícito penal. A decisão que ensejou a impetração do remédio constitucional deu-se no sentido de que não seria necessário o término do procedimento administrativo para que se configurasse a materialidade delitiva. No entanto, no presente <i>Habeas Corpus</i> , a ordem foi concedida, justificando-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se encontrava firmada no sentido de que o delito ainda não estaria consolidado em razão de que o lançamento do crédito tributário é imprescindível para a tipificação do crime tributário.
HC 85463 (julgamento em	O <i>Habeas Corpus</i> usado como precedente, cujo ensejou a edição da súmula vinculante 24, segue a mesma linha do HC 85185 acima explicitado, pois diz respeito a insurgência do paciente ante a falta de lançamento definitivo do crédito tributário e nessa senda não seria possível aceitar o oferecimento da denúncia, pelo Ministério Público, antes de esgotar-se os meios recursais inerentes a instância administrativa. Razão pela qual, segundo o entendimento fixado, não haveria justa causa para a ação penal enquanto ainda se discutia

07/06/2005)	administrativamente se o tributo era ou não devido.
-------------	---

Fonte: Elaboração própria com base nos precedentes basilares da súmula vinculante 24: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=24.NUME.%20E%20S.FLS.V.&base=baseSumulasVinculantes>>

No que diz respeito ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, constata-se nos julgados acima, que o tema é bastante pacificado no Tribunal. Contudo, mesmo assim se fez necessário a edição de uma súmula vinculante sobre o momento em que se tipifica o crime de supressão de tributos. Isso porque, conforme se depreende, antes mesmo de findar o procedimento administrativo de constituição do crédito tributário, o Ministério Público denunciava o indivíduo pelo cometimento do crime tributário.

A doutrina especializada em direito penal defende que:

Somente após o lançamento (que comporta três modalidades: direto, misto ou por homologação) é que o crédito tributário será definido, em caráter permanente.

Em outras palavras, é a partir do lançamento que será possível falar em tributo devido.

O caráter definitivo do lançamento, no entanto, não exclui a possibilidade de revisão do ato por iniciativa do contribuinte e, neste caso, impõe-se aguardar a finalização da discussão na esfera administrativa para, então, poder-se afirmar a efetiva redução ou supressão de tributo e, principalmente, o seu *quantum*.

[...] A discussão do lançamento pelos meios de defesa à disposição do contribuinte suspende a exigibilidade do crédito tributário e, mais do que isso, impede que se possa concluir pela sua certeza. É o que prescreve o art. 151, inciso III, do CTN.

Não obstante a clareza solar desta ideia, durante largo espaço de tempo assistiu-se à instauração de inquéritos policiais e ao ajuizamento de ações penais sem que estivesse concluída a discussão a respeito da constituição do crédito tributário, o que significa dizer que não estava comprovada a existência de conduta criminosa, por falta de certeza quanto à configuração de elemento objetivo do tipo (STOCO e STOCO, 2016). Grifo no original.

Assim, não fazia sentido, segundo a doutrina penalista, instaurar-se a persecução penal quando o crédito tributário ainda não era certo e exigível, eis que haveria a possibilidade de na instância administrativa ser decidido pela não constituição do crédito tributário e, por consequência, não configurar o crime de supressão de tributos.

A controvérsia então residia no sentido de a lei dos crimes tributários permitia interpretações conflitantes no qual, para alguns, a consumação do crime se dava com a prática de quaisquer dos verbos contidos nos incisos do art. 1º da Lei n.º 8.137/90, enquanto que para outros a conduta penal somente se aperfeiçoava com a

manifestação definitiva da autoridade competente para o lançamento do crédito tributário. Sendo assim, a controvérsia foi dirimida pela edição da súmula vinculante, em cujo definiu o momento em que estaria de fato tipificado o crime contra a ordem tributária, devendo-se aguardar, portanto, o lançamento definitivo do tributo por parte da autoridade administrativa competente a fim de configurar o ilícito penal (MACHADO, 2013, p. 113).

À primeira vista, a leitura da súmula remete a um sentido de imposição legislativa, tal qual aquele verificado na súmula vinculante 13, contudo, no caso da súmula vinculante 24 o paradigma constitucional verificado no art. 5º, LV em que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988), remete o sentido de que deve ser findado o procedimento administrativo para que se possa iniciar a persecução penal, ainda que exista independência entre as esferas civil, penal e administrativa, não se mostrava razoável admitir o início da persecução penal, isso porque se na instância administrativa fosse decidido que a conduta do indivíduo não era crime por qualquer motivo que seja, não faria sentido ter uma ação penal em andamento que certamente estaria fadada a absolvição do réu sem julgamento de mérito, eis que não haveria justa causa para a ação penal ou ainda pelo fatos não constituírem infração penal.

Cumprido esclarecer ainda, que nos debates de aprovação da referida súmula vinculante 24, no ano de 2009, o Ministro Joaquim Barbosa, em um primeiro momento se mostrou contrário à edição de súmula vinculante em matéria penal, após objetivou que no enunciado da súmula vinculante constasse expressamente o termo inicial de prescrição, defendendo que se somente com o lançamento do crédito tributário era que se tipificava o crime material contra a ordem tributária, então somente a partir do lançamento é que deveria começar a correr o prazo prescricional do crime. Contudo, o ministro Ricardo Lewandowski, divergiu afirmando que o tema de prescrição não era matéria constitucional e sim infraconstitucional, sendo complementado pelo ministro Cezar Peluso, cujo afirmou que em matéria infraconstitucional não se poderia aprovar súmula vinculante. Pelo ministro Carlos Brito foi dito que a matéria sobre o lançamento do crédito tributário estava previsto

no artigo 146, III, “b”¹⁶, da Constituição Federal e, por isso, era passível de edição de súmula vinculante. Após as discussões travadas no debate, a súmula vinculante foi aprovada pelo quórum mínimo de aprovação exigido para a súmula vinculante, isto é, dois terços dos ministros aprovaram o enunciado da súmula vinculante (BRASIL, 2009).

Nesse sentido, verifica-se a preocupação dos ministros em atender as disposições constitucionais, bem como as contidas na Lei n.º 11.417/2006, cuja súmula vinculante somente deve ser aprovada tendo como parâmetro de interpretação a Constituição Federal.

Talvez o principal objetivo da súmula vinculante seja o de transparecer segurança jurídica sobre determinado tema, foi o que se verificou após a aprovação da súmula vinculante 24, em dezembro de 2009. Entretanto, em novembro de 2011 quando do julgamento do HC n.º 108.037/ES¹⁷, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente ao entendimento fixado no enunciado da súmula vinculante, ou seja, no julgamento do *Habeas Corpus* se admitiu a persecução penal antes do lançamento em definitivo do crédito tributário. Razão pela qual não houve observância, pela Primeira Turma da Excelsa Corte, da súmula vinculante que este Tribunal havia editado dois anos antes, afrontando assim, o caráter de segurança jurídica pelo qual se quisera aprovar esta súmula vinculante. Da análise do julgado, a justificativa utilizada foi no sentido da necessidade de se analisar caso a caso a situação em concreto para o fim de se amoldar ao teor da súmula vinculante (TESSARI; SCARIOT, 2017).

¹⁶ Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; (BRASIL, 1988).

¹⁷ O acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, teve a relatoria o Ministro Marco Aurélio e, no caso do acórdão, em que pese a expressa determinação da súmula vinculante 24 no sentido de que há a necessidade de aguardar o lançamento do crédito tributário a fim de restar tipificado o crime material contra a ordem tributária, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal definiu que havia necessidade de se instaurar a ação penal para apurar a responsabilidade criminal. A fundamentação do acórdão remeteu acerca da necessidade de se analisar caso a caso se realmente há a necessidade de aguardar o esgotamento da instância administrativa para o início da persecução penal, justificando-se ainda, que o texto constitucional não prevê fase administrativa para que seja possível instaurar a persecução penal. Em que pese as ponderações contidas no acórdão, verifica-se que a decisão foi de encontro ao enunciado da súmula vinculante 24, a qual, segundo os ditames constitucionais, deveria vincular inclusive as Turmas do Supremo Tribunal Federal. *cf.* em: HC 108037, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012 RDDT n. 200, 2012, p. 146-149 (BRASIL, 2012).

No item 4.2 do presente trabalho, já se verificou o posicionamento conflitante da doutrina quando se fala em vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal, na oportunidade, discorreu-se sobre o posicionamento dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, enquanto o primeiro defendeu que por maioria absoluta do plenário poderia ser afastada a aplicação da súmula vinculante, para o segundo a afastabilidade do teor do enunciado somente seria possível se fosse obedecido o critério formal estabelecido em lei, qual seja, a deliberação em quaisquer dos sentidos por dois terços dos ministros que compõe o Supremo Tribunal Federal, devendo ainda o julgado estar devidamente fundamentado sobre a possibilidade de se afastar a aplicabilidade da súmula. Na análise daquele item, entendeu-se que a posição mais acertada era o do Ministro Gilmar Mendes, eis que obedeceria ao preceito legal estabelecido sobre a matéria.

Embora os posicionamentos divergentes, no caso do julgamento do HC nº 108.037/ES considera-se ainda mais grave, eis que não se tratou de uma decisão por maioria do plenário do Supremo Tribunal Federal, mas sim de uma de suas Turmas. Tem-se que ao julgar o Habeas Corpus a Primeira turma do Tribunal tentou submeter a matéria a uma revisão ou cancelamento da súmula vinculante a fim de demonstrar que o entendimento ainda não estava sedimentado como se esperaria de uma súmula vinculante, entretanto, a súmula em comento está em vigência produzindo os seus efeitos (TESSARI; SCARIOT, 2017).

Noutro sentido, em análise da súmula vinculante 56, tem-se que foi aprovada em sessão plenária realizada no dia 29 de junho de 2016, por maioria de votos, em que se estabeleceu que: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (BRASIL, 2018).

No que tange ao requisito de reiteradas decisões sobre matéria constitucional constam os seguintes precedentes (na ata de aprovação da súmula ainda constam como precedente os RE 641320, HC 110772, HC 93596, HC 94829 e HC 77399):

Quadro 3 – Contexto normativo da Súmula Vinculante 56

Referência normativa Precedentes	Constituição Federal de 1988, art. 1º, III; e art. 5º, XLVI.
<p>HC 123267 (julgamento em 02/12/2014)</p>	<p>O julgamento do referido <i>Habeas Corpus</i> ocorreu perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e referiu-se a insurgência contra a prisão preventiva em relação a um crime de roubo qualificado, antes do julgamento em definitivo do <i>writ</i> sobreveio sentença penal condenatória que atribuiu ao réu a prática do crime de roubo imputando-lhe a reprimenda penal fixando-se o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena.</p> <p>Nos termos do voto, rechaçou-se a possibilidade de o réu ficar preso no regime fechado, como assim estava até o julgamento do <i>Habeas Corpus</i>, definiu-se que a prisão somente poderia ser executada se obedecido o regime fixado na sentença condenatória, ou seja, admitia-se a segregação do condenado apenas se fosse recolhido em estabelecimento prisional compatível com aquele regime de cumprimento de pena fixado em sentença, qual seja, semi-aberto.</p>
<p>HC 110892 (julgamento em 20/03/2012)</p>	<p>O julgamento do referido <i>Habeas Corpus</i> ocorreu perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal e foi impetrado em razão de que o paciente havia sido condenado à prisão em regime inicial semi-aberto, contudo, ante a falta de vagas no regime fixado, o réu encontrava-se preso em regime fechado.</p> <p>Ao final concedeu-se a ordem para determinar que o condenado cumprisse a reprimenda imposta nos exatos termos da sentença, devendo-se ser observado o regime semi-aberto, eis que a impossibilidade de o Estado fornecer vagas para o cumprimento da pena em regime adequado não autorizaria a segregação em regime mais gravos do que aquele fixado em sentença.</p>

Fonte: Elaboração própria com base nos precedentes basilares da súmula vinculante 56: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=56.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>

A súmula vinculante foi aprovada fixando-se o entendimento no sentido de que deveria ser respeitado o regime inicial de cumprimento de pena fixado na sentença, pois em alguns casos o apenado era compelido a iniciar o cumprimento da reprimenda em regime prisional mais gravoso, ou seja, era condenado à pena a ser cumprida em regime semiaberto, mas por falta de vagas nesse regime acabava por iniciar o cumprimento da pena no regime fechado. Com as reiteradas decisões verificou-se a possibilidade de o condenado cumprir pena em regime mais benéfico do que aquele fixado na sentença condenatória, caso se verificasse que não haveriam vagas ou estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena.

A controvérsia que justificou a aprovação da súmula vinculante residia no sentido de que para os defensores da súmula vinculante, o condenado não poderia cumprir a pena em regime mais gravoso do que o fixado na sentença penal condenatória, enquanto que para aqueles que defendiam o contrário, como é o caso verificado no parecer exarado pelo Procurador Geral da República, se o

cumprimento da pena não pudesse ser efetivado como determina a lei penal, em estabelecimento adequado, o condenado não poderia ser beneficiado com regime prisional mais brando, uma vez que se estaria desprezando o resultado concreto da fixação da pena, além de conceder benefício na execução da pena (progressão de regime), o qual o apenado sequer ainda teria direito e, segundo o parecer emitido, estar-se-ia incorrendo em afronta ao princípio da legalidade (BRASIL, 2016).

Em que pese as digressões e irresignações, a súmula vinculante 56 foi aprovada, fazendo-se constar expressamente em seu enunciado o Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS como paradigma para as decisões futuras, ratificando a necessidade de observância dos parâmetros fixados no recurso quando não houverem vagas ou quando inexistir o estabelecimento prisional, conforme aquele fixado na sentença, na localidade em que a pena deva ser cumprida. No caso do recurso paradigma, o réu havia sido condenado ao cumprimento da prisão em regime inicial semiaberto, contudo, o sentenciado recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para que fosse fixada a prisão domiciliar enquanto não existisse estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto na localidade, o que foi provido pelo Tribunal. Havendo assim, irresignação do Ministério Público Estadual no sentido de que a prisão domiciliar era descabida, eis que fora das hipóteses previstas em lei, além do que o problema de eventual ausência de vagas no regime semiaberto não autorizaria ao Judiciário a conceder a prisão domiciliar, porquanto o problema de falta de vagas no sistema prisional deveria ser dirimido no âmbito da Administração Pública (BRASIL, 2016).

Com efeito, se o regime de cumprimento de pena fixado for o semiaberto e não houver vagas disponíveis ou não haver estabelecimento prisional adequado, o condenado não poderá cumprir a pena em regime mais gravoso, permitindo-lhe, entretanto, o cumprimento de pena em regime aberto ou em prisão domiciliar até que surja vaga para o cumprimento da pena.

Por se tratar de matéria eminentemente constitucional, qual seja, a liberdade do indivíduo consubstanciada na individualização da pena frente à pretensão punitiva do Estado, se fez necessária a fixação da súmula vinculante 56. Com efeito, a segregação do condenado em regime mais gravoso do que o fixado em sentença acarretaria no excesso de execução por parte do Estado. O entendimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da edição da súmula

vinculante era o de vedar a custódia do preso condenado ao regime semiaberto em locais reservados aos presos do regime fechado. Portando, a súmula vinculante 56 veio a ser fixada para pôr fim ao litígio estrutural existente entre os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, assim como da Defensoria Pública, a fim de garantir o respeito à individualização da pena (MACHADO; et. al, 2016, p.14-16).

Cumpra destacar ainda, que a presente súmula vinculante foi aprovada a partir da proposição pelo Defensor Público-Geral União, legitimado a propor a edição da súmula a partir do rol ampliado presente no artigo 3º da Lei n.º 11.417/2006, eis que originariamente a Constituição Federal de 1988 não previa esta autoridade como legitimada a propor edição de súmula vinculante.

Por outro lado, digno de nota é que, da análise dos precedentes expressamente definidos como paradigma da súmula vinculante 56, apenas aquele que consta no enunciado vinculante é que foi julgado em Plenário pelo Supremo Tribunal Federal, sendo os demais julgados ou pela Primeira Turma do Tribunal ou pela Segunda Turma. Assim, à vista do que foi estudado no item 3.3 desse trabalho, não há quaisquer implicações que as decisões que sirvam de base para a edição de uma súmula vinculante sejam oriundas das Turmas do Supremo Tribunal Federal desde que sejam convergentes e ainda, que haja posterior debate em Plenário pelo Tribunal acerca do tema.

No caso em tela, a jurisprudência das Turmas do Supremo Tribunal Federal admitia que em não havendo estabelecimento prisional adequado ou não havendo vagas neste, não poderia o condenado cumprir a pena em regime mais severo do que o fixado em sentença. Por essa razão é que após o debate em Plenário, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 641.320/RS, aprovou-se a súmula vinculante 56 a fim de fazer que fosse aplicado os parâmetros definidos no julgado quando não houvessem vagas ou estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena.

Sendo assim, a súmula vinculante 56 cumpriu os requisitos formais do instituto dando eficácia a norma determinante da Constituição Federal (individualização da pena), cuja controvérsia verificava-se no sentido estar cometendo excesso na execução da pena. E, ante os julgados elencados como precedentes da súmula vinculante estabeleceu segurança jurídica quanto a matéria controvertida. Além do que fez constar expressamente em seu enunciado a

referência ao Recurso Extraordinário n.º 641.320/RS, denotando-se que de fato a súmula vinculante 56 consolidou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sedimentando o entendimento já pacificado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo verificou-se que o Estado deve estar organizado de forma estruturada, devendo inclusive dividir suas funções para melhor atender os anseios da população. Em razão disso é que o Estado se organiza estruturalmente obedecendo o princípio da separação dos poderes, que no ordenamento jurídico brasileiro vigente vem expressamente previsto no texto constitucional.

Vale dizer que ao estruturar o Estado, a Constituição Federal atribuiu funções específicas a cada um dos poderes, pautando-se pelo critério da especialidade de exercício de cada poder. Cabendo, então, ao Poder Judiciário a função precípua de julgar as lides que lhe são levadas à apreciação por meio do jurisdicionado. Ao Legislativo, como representante direto da sociedade, atribuiu-se a função de legislar e, tocante ao Poder Executivo coube a função administrativa.

De outra sorte, cumpre mencionar a importância do princípio da legalidade previsto também no texto constitucional, em cujo há a previsão de que ninguém é obrigado a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, senão em virtude de lei regularmente editada pelo Poder competente. Por essa razão é que esse princípio constitucional importa, a bem da verdade, em uma garantia constitucional do indivíduo em face de arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Estado, sendo válidas apenas as restrições impostas pelo Estado quando exercidas de acordo com os ditames constitucionais para elaboração de uma lei.

Sendo assim, uma imposição advinda do Estado que desrespeitar o meio próprio de constituição (aprovação da lei) não tem condão de restringir o direito de liberdade do indivíduo ou lhe impor um dever de agir, eis que não foi constituído pela autoridade competente para o ato, caso em que deveria ter respeitado o requisito formal de validade de sua constituição, evitando-se, dessa forma, possíveis arbitrariedades que possam ser impostas pelo Estado por meio de um ato discricionário em desacerto com imposições legais.

Impende dizer, que os representantes legitimamente escolhidos pelo povo, devem atuar respeitando os limites constitucionais com vistas a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, a atuação do Poder Legislativo deve

pautar-se pelas limitações formais e materiais previstas na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, é cediço que o Poder Legislativo se constitui de pessoas que são eleitas diretamente pela população, satisfazendo a máxima de que todo poder emana do povo. Presume-se, portanto, que quando o povo escolhe os seus representantes, passa a autorizá-los a criar leis (no caso do Legislativo) que expressem a vontade geral da população.

Por essa razão quando se estudou sobre o princípio da legalidade, em que ninguém será obrigado a fazer ou não alguma coisa senão em virtude de lei, inicialmente adotou-se a hipótese de que o Instituto da Súmula Vinculante não era legítimo por não se tratar de lei em sentido formal. Mas no decorrer do estudo percebeu-se que foi o próprio Poder Legislativo que outorgou ao Judiciário a possibilidade de editar súmulas vinculantes em matéria constitucional, ou seja, mesmo que de forma indireta, foi o povo quem atribuiu essa prerrogativa ao Poder Judiciário. Além do que, é de salientar que o processo legislativo de alteração constitucional previsto na Carta Maior precisa do voto de três quintos dos integrantes e deve ser aprovada em dois turnos de votação de cada Casa do Congresso Nacional, o que significa dizer que a aprovação da emenda à constituição n.º 45/2004 passou por um processo rigoroso para ser aprovada, obedecendo estritamente o procedimento previsto na Constituição Federal a fim de que pudesse ser promovida a sua alteração e adequação a uma nova realidade.

Dessa forma, o procedimento de alteração da Constituição foi devidamente respeitado no que diz respeito a emenda constitucional n.º 45/2004, e no que tange ao conteúdo material dessa alteração, principalmente no que se refere ao efeito vinculante que foi atribuído às súmulas do Supremo Tribunal Federal, mesmo com vistas às controvérsias doutrinárias, em nenhum momento se verificou a possibilidade de uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade do Tribunal editar súmulas de efeito vinculante, pelo contrário verificou-se apenas uma discussão no campo doutrinário, ou seja, nenhum dos legitimados nos termos constitucionais efetivamente propôs a referida ação para discutir se era ou não constitucional a possibilidade de edição de súmulas de efeito vinculante.

Cumprir dizer ainda acerca do procedimento legislativo, o qual corrobora o princípio da legalidade, que é atribuição do Poder Legislativo a possibilidade de editar leis inéditas no cenário jurídico, portanto, não se confunde com a súmula vinculante que o objeto é justamente o contrário, sendo que somente afirma a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, diga-se, sobre determinada lei em confrontação com a Constituição Federal. Dessa forma, a súmula vinculante não tem o condão de estatuir uma regra inédita, mas sim sedimentar o entendimento sobre determinada regra debatida pelo Supremo Tribunal Federal.

Noutro sentido, em que pese o Estado brasileiro ter suas bases jurídicas fixadas no sistema Romano-germânico consubstanciado no modelo jurídico do *civil law*, se observou na presente pesquisa que há uma tendência do uso da doutrina do *stare decisis* oriundo do sistema da *common law*, pelo que os precedentes vêm ganhando força no cenário nacional, deixando de ser apenas mero indicativo de como os tribunais estão decidindo a matéria.

Com efeito, verificou-se as alterações contidas no Código de Processo Civil em que, apenas a título ilustrativo, o relator ao receber um recurso pode negar provimento se este for contrário a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, embora o sistema brasileiro adote o primado das leis, de certa maneira, acena para a possibilidade de estabilização da jurisprudência aproximando-se do sistema jurídico da *common law*, principalmente no que tange a edição de súmula vinculante, pois esta corrobora o sentido de aplicar e vincular os precedentes aos casos futuros.

Do estudo acerca dos posicionamentos doutrinários sobre a súmula vinculante percebeu-se que, há a busca pela efetividade da atividade jurisdicional, para isso a aplicação da súmula vinculante, segundo o que se infere da doutrina, é muito importante, pois para os casos futuros que viessem a ser discutidos pela via judicial, ter-se-ia a aplicação do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal já nas instâncias ordinárias, o que se mostraria válido, eis que haveria economia processual, principalmente tendo em vista que de uma forma ou de outra o entendimento consolidado seria aplicado à lide, pois caso não tivesse aplicação ainda nas instâncias ordinárias assim seria feito caso o processo chegasse para ser julgado perante a Corte Excelsa.

Dessa forma, não se verifica sentido razoável para deixar de aplicar o entendimento do Supremo Tribunal Federal já no início do processo, sendo que evitar-se-ia decisões divergentes para casos iguais, promovendo a isonomia das decisões.

De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal, nas ações do controle concentrado já atribui força vinculante e *erga omnes* às suas decisões, razão pela qual quando decidido pela (in) constitucionalidade da norma, nas ações do controle concentrado, não há que se falar mais em constitucionalidade ou não da norma em abstrato, pois a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal vincula as decisões futuras.

No mesmo sentido, é a questão do recurso extraordinário que tenha reconhecida a sua repercussão geral, nesse sentido, o caso paradigma servirá de base para os processos que versem sobre a mesma matéria, razão pela qual não se discutirá caso a caso a matéria jurídica, mas sim será aplicado o entendimento fixado no recurso para os processos que versem sobre a mesma matéria.

Quanto à constitucionalidade do Instituto da Súmula Vinculante, concluiu-se que esse cumpre os preceitos, bem como respeita, o conteúdo material da constituição, destacando-se que a conclusão é resultado direto da coleta e análise de informações doutrinárias e jurisprudenciais.

Já no que tange a atuação do Supremo Tribunal Federal, ante o estudo das súmulas selecionadas para a presente pesquisa, lembrando que a súmula vinculante tem por objeto a validade da norma jurídica ante o conteúdo material da Constituição Federal de 1988, além de ser necessário haver controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou em relação à Administração Pública, resultando em insegurança jurídica, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no caso da súmula vinculante 13 (vedação ao nepotismo) exasperou o seu campo de atuação, pois embora tivesse respeitado o caráter de reiteradas decisões, verifica-se que a referência legislativa que ensejou a edição da súmula vinculante foi tão somente o próprio texto constitucional, ou seja, não havia interpretação de lei a ser declarada válida ou não.

Em que pese se verifique o caráter moral contido na súmula vinculante 13, o texto constitucional prevê expressamente que os cargos em comissão são de

livre nomeação nos termos da lei, nesse caso não se verifica legislação acerca do tema. Vale dizer que em Direito Administrativo o princípio da legalidade remonta que o administrador público pode agir nos estritos permissivos legais. Contudo, não se verificava legislação sobre a matéria, apenas o texto constitucional que definia que os cargos em comissão eram de livre nomeação e exoneração. Assim, independente de qual seja o motivo por não haver lei vedando o nepotismo, o fato é que não haveria lei a ser confrontada com a Constituição, e que merecesse a edição de uma súmula vinculante. Dessa forma, a bem da verdade, o Supremo Tribunal Federal acabou legislando sobre a matéria, infringindo, nesse caso, o princípio da legalidade e também da separação dos poderes, pois usurpou função do Poder Legislativo. Assim, a partir da leitura do enunciado da súmula vinculante 13, é possível verificar um caráter de abstração e generalidade, ou seja, como não havia lei que vedasse o nepotismo, o Supremo Tribunal Federal previu algumas situações em caráter abstrato e que tivesse efeitos perante toda a Administração Pública, prevendo, assim, várias situações em que não se admitia a livre nomeação tal qual como prevista no texto constitucional. Dessa maneira, percebe-se uma inovação legislativa por parte do Supremo Tribunal Federal quando editou e aprovou a súmula vinculante 13, pois não se verificava, à época, qualquer restrição legislativa no que tange a vedação do nepotismo.

Do estudo da súmula vinculante 24, a qual indica o momento em que se tipifica o crime material contra a ordem tributária, em um primeiro momento cogitou-se que novamente o Supremo Tribunal Federal estaria usurpando função legislativa, mas o que se verificou foi o respeito à liberdade do indivíduo, isso porque o procedimento administrativo de lançamento e constituição do crédito tributário é essencial para se quantificar o débito para com a Fazenda Pública. Então, a súmula vinculante 24 se justifica perante a necessidade de restar devidamente apurado se o crédito tributário é ou não devido, evitando-se uma ação penal desastrosa em que careceria de justa causa para o seu exercício, caracterizando constrangimento ilegal ao indivíduo.

Salienta-se, que a vinculação à súmula se dá, sobretudo, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e no caso do enunciado 24 da súmula vinculante, verificou-se insubordinação ao enunciado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que julgando o HC nº 108.037/ES entendeu que nesse caso poderia haver

persecução penal ainda que pendente de lançamento o crédito tributário, ou seja, antes de findar o procedimento administrativo. Assim, em que pese o Supremo Tribunal Federal queira vincular as instâncias inferiores às suas decisões, quando se depara com o enunciado de súmula vinculante a ser por este cumprido, afasta o precedente sem respeitar ao menos os requisitos formais de revisão e cancelamento, principalmente porque a insubordinação foi verificada em um julgamento por uma das turmas da Corte Constitucional, ou seja, sequer foi deliberado pelo Plenário do Tribunal.

Com relação à súmula vinculante 56, esta foi selecionada por entender que o atendimento dos requisitos para sua edição havia sido devidamente respeitado e que era dessa maneira que os enunciados deveriam ser formulados, fazendo constar expressamente o *leading case* no seu enunciado.

Dessa forma, a súmula vinculante 56 tem o condão de pacificar o entendimento de que não poderia o réu, cumprir pena em regime mais gravoso do que aquele determinado em sentença, seja por falta de vagas no estabelecimento prisional, ou ainda, por ser esse inadequado.

No caso da súmula vinculante 56, em que pese conste como referência legislativa apenas artigos da Constituição Federal de 1988, verifica-se que a matéria penal tratada diz respeito à aplicação da pena, assim definida em norma infraconstitucional, qual seja, no Código Penal e ainda, na Lei de Execuções Penais, as quais definem o regime de cumprimento de pena, bem como as regras para a progressão de um regime a outro.

No caso da súmula que buscou a individualização da pena, se for ainda confrontada com o princípio da legalidade, como muito se critica quando se fala de súmula vinculante, no qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o precedente veio justamente para garantir a liberdade do indivíduo rechaçando a possibilidade de ter a sua liberdade ferida por inefetividade do Estado em manter estabelecimentos prisionais adequados ao cumprimento da pena. Assim, justamente por haver falta de permissivo legal é que a súmula vinculante foi aprovada, a fim de evitar excesso de execução por parte do Estado.

Conclui-se então, que o Instituto da Súmula Vinculante atende o sentido material da Constituição Federal de 1988, contudo, no que tange a atuação do

Supremo Tribunal Federal é que se tem que ter maior preocupação, pois em que pese seja a Corte incumbida de resguardar o conteúdo material da Constituição Federal de 1988, por vezes se excede quanto ao permissivo de editar súmula vinculante.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro** [livro eletrônico]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. - 23 ed. Ver. Atual. e ampl. - Rio De Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira** [livro eletrônico]. São Paulo. Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. [Livro eletrônico]. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Debates de aprovação da Súmula Vinculante 24. Distrito Federal. Tribunal Pleno. 02 dez. 2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_24_PSV_29.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Debate de aprovação da Súmula Vinculante 56. Distrito Federal. Tribunal Pleno. 29 jun. 2016.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_56__PSV_57.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus N.º 108.037/ES. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29.11.2011, DJe 31.01.2012.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=22&dataPublicacaoDj=01/02/2012&incidente=4063704&codCapitulo=5&numMateria=1&codMateria>>. Acesso em: 14 mai. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário N.º 641320. Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 11.05.2016, Dje 29.07.2016.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno [recurso eletrônico] Brasília: STF, Secretaria de documentação, 2017. 265 p.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas Vinculantes [recurso eletrônico] 2018.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_Completo.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2018

BRIANEZI, Graziela Parreira. A (ins) Estabilidade das súmulas vinculantes no Brasil: uma leitura equivocada da teoria dos precedentes judiciais do sistema *Common Law*. **Revista Curso Direito UNIFOR**, Formiga, v. 4, n. 1, p. 01-10, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.uniformg.edu.br:21011/ojs/index.php/cursodireitouniformg/article/view/171/194>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. Atualizada em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARIBÉ, Karla Virgínia Bezerra. A Súmula Vinculante no Direito Brasileiro: Uma Incoerência do Sistema Jurídico. **Revista Virtual da AGU**, [s.l.], v. 79, n. VIII, p. 1-17, ago. 2008. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/521915>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Direito Jurisprudencial. Volume II** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CHIMENTI, Ricardo da Cunha. Et al. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Volume I. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. [Livro eletrônico]:1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. **Direito Constitucional Brasileiro: Volume II. Organização do Estado e dos Poderes**. [Livro eletrônico]:1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso De Direito Constitucional - 9 Ed. Rev. Ampl. E Atual**. - Salvador. Juspodivm, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. [Livro eletrônico] 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUX, Luiz; NERY JR. Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1085 p.

HIROSE, Tadaaqui; GEBRAN NETO, João Pedro (Org.). **Curso Modular da Direito Constitucional**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010. 578 p.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. [Tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHOURI, Alice de Siqueira; TAVARES, Fernando Horta. Súmulas Vinculantes e a Força Normativa: Aspectos Críticos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, dez. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50488>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JUNIOR, Nelson. **Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo** [livro eletrônico]: 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Súmula Vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 230 p.

MACHADO, Hugo De Brito. A Irretroatividade Da Súmula Vinculante 24 e a Prescrição Impeditiva da Ação Penal. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufc**. v. 33.1. Jan./jun. 2013. p. 109-119. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/870>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MACHADO, Mateus Pedrosa; COSTA, Carlos Alves da; DUTRA, Eduardo Ribeiro; LEGALE, Siddharta. O estado de coisas inconstitucional do regime aberto/semiaberto (ou o que foi sem nunca ter sido). in: **II Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão, 2016, Petrópolis. 2º Seminário Internacional de**

Pesquisa em Prisão - GT07, 2016. p. 1-18. Disponível em: <<http://andhep.org.br/anais/arquivos/IIencontro/GT7/gt7.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema de precedentes: natureza: eficácia: operacionalidade** [livro eletrônico]. São Paulo. Revistas dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. - 4 Ed. Rev. a atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Marachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 851p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. 946p.

NERY JÚNIOR, Nelson. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo** [livro eletrônico]. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo código de processo civil**. [Livro eletrônico] 1 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

REALE, Miguel. **Fontes e modelo do direito: para um novo paradigma hermenêutico** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n.76, 28.11.2013. São Paulo: Malheiros: 2014. 934p.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197p.

SOUZA, Robson Soares de. **Justiça Constitucional e Súmulas Vinculantes: Uma Leitura de Garantia aos Direitos Fundamentais**. Pouso Alegre – MG: FDSM, 2015. 124 p. Disponível em: <<https://www.fdsf.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/13.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (rechtd)**, São Leopoldo, v., n., p.65-77, jan. 2009. Disponível em: <revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5137/2389>. Acesso em: 05 set. 2017.

TEIXEIRA, Odemir Billialva. **Súmula Vinculante: Perigo ou Solução**; 1 ed. Campinas: Russell Editores, 2008, 238 p.

TESSARI, Cláudio; SCARIOT, Marcelo. Do exaurimento da via administrativa para persecução penal dos crimes contra a ordem tributária (art. 1º da Lei nº 8.137/1990): contradições entre a Súmula Vinculante nº 24 do STF e as decisões proferidas no HC nº 108.037/ES e na Medida Cautelar na Reclamação nº 17.303/MA (HC nº 236.784), em 21.02.2014, pelo STF. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 77, abr. 2017. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Claudio_Tessari_Marcelo_Scariot.html> Acesso em: 10 maio 2018

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP). Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.