

A SUSTAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL PELO PODER LEGISLATIVO*

UNCONSTITUTIONAL BINDING PRECEDENT SUSPENSION BY LEGISLATIVE ACT

Emanuel de Melo Ferreira

RESUMO

O princípio da separação de poderes passa por mudanças as quais demandam uma releitura do mesmo. O advento do Estado Social propiciou o aumento das competências clássicas dos três Poderes, culminando, no Brasil, com o advento da súmula vinculante dentre as competências do Supremo Tribunal Federal. Nesta pesquisa, sustentou-se que se a súmula vinculante é editada dentro dos limites constitucionais, não há violação à separação dos poderes. No entanto, se não é observada, por exemplo, a condição acerca da reiteração de decisões sobre a mesma matéria e, mesmo assim, a súmula vinculante é editada, cabe ao Poder Legislativo atuar para preservar sua competência legislativa em face da competência normativa dos outros Poderes. Desse modo, é possível que o Congresso Nacional suste a súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo como forma de reequilibrar as relações entre os Poderes, tendo por fundamento o art. 49, XI da Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVES: SEPARAÇÃO DE PODERES; SÚMULA VINCULANTE INCONSTITUCIONAL; SUSTAÇÃO POR DECRETO LEGISLATIVO.

ABSTRACT

The separation of power principle has been passing through some changes that demand its rereading. The coming of Social State caused an increase in the classic jurisdiction of the Powers, creating, in Brazil, a binding precedent in some Supreme Courts decisions. In this research, was said that if a binding precedent has been edited according with the constitutional rules, there is no violation to the principle of separation of powers. If those rules aren't observed, however, the binding precedent edited is unconstitutional, and the Legislative Power must act to guarantee its jurisdiction in face of the Judiciary. Hence, it is acceptable the unconstitutional binding precedent repeal through a legislative act, to reestablish the equal relationship between the Powers, tends in view the rule present in the article 49, XI of Brazil's Constitution.

KEYWORDS: SEPARATION OF POWERS; UNCONSTITUTIONAL BINDING PRECEDENT; REPEAL BY A LEGISLATIVE ACT.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução

Sabe-se que após a Emenda Constitucional (EC) nº 45 o sistema brasileiro do *civil law* aproximou-se substancialmente do *common law*, em face, sobretudo, da ampliação do efeito vinculante de certas decisões judiciais. Esse avanço deveu-se, principalmente, à criação do instituto da súmula vinculante,^[1] prevista no art. 103-A da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Com a súmula vinculante, operou-se inegável ampliação da atuação do Poder Judiciário, não bastasse a já elevada posição que esse Poder ocupa no cenário nacional em face, principalmente, do Poder Legislativo, notadamente omissos em diversas questões relevantes. Tal omissão, adiante analisada tendo em vista razões de ordem histórica, faz com que o Poder Legislativo perca um espaço precioso no jogo democrático, à medida que não desempenha com eficiência e altivez sua precípua função constitucional de legislar.

O presente artigo, assim, busca investigar um dos grandes problemas brasileiros surgidos após a referida EC nº 45, qual seja, a preservação da competência típica do Poder Legislativo em face de edição de súmula vinculante inconstitucional por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), admitindo que tal inconstitucionalidade vá de encontro à competência legislativa do Poder Legislativo.

Esse é, indubitavelmente, um dos grandes desafios do Poder Legislativo hodiernamente. Como manter sua competência legislativa em face do aumento da competência normativa do Poder Judiciário? Qual o alcance da disposição contida no art. 49, inciso XI da CF/88, que prevê a prerrogativa do Congresso Nacional em zelar pela competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes? A partir desse dispositivo, o Congresso Nacional poderia sustar um enunciado de súmula vinculante inconstitucional através de decreto legislativo? Em caso afirmativo, não se estaria ressuscitando, sorrateiramente, um sucedâneo do mecanismo de anticontrole de constitucionalidade previsto na autoritária Carta de 1937? O objetivo deste texto é enfrentar tais questões, bem como as conseqüências práticas delas advindas.

Nesse sentido, traçar-se-á, inicialmente, um breve panorama histórico acerca do princípio da separação de poderes, destacando a recorrente situação de submissão do Poder Legislativo em face dos demais Poderes na ordem constitucional brasileira. Em seguida, observar-se-á a nova definição desse princípio, tendo em vista, eminentemente, as alterações trazidas pelo Estado Social, que incrementaram, num primeiro momento, as atuações do Poder Executivo e Legislativo, para, em seguida, atingir o Poder Judiciário. Finalmente, estudar-se-á como a súmula vinculante pode, se abusivamente confeccionada pelo STF, contribuir para o surgimento de uma crise entre o Poder Judiciário e o Legislativo, cabendo a este, repita-se, o desafio de manter sua competência constitucional.

2. Do dogma liberal da separação de poderes à moderna concepção de cooperação entre as funções estatais

É celebre a disposição contida no art. 16 da Declaração Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia de direitos nem determinada a separação de poderes não possui Constituição”. Em verdade, o princípio da separação dos poderes, em sua feição liberal, fora concebido como forma de limitar o poder e preservar a liberdade da burguesia então ascendente, sepultando de vez qualquer resquício do regime absolutista.[2]

Partindo-se da clássica concepção de Montesquieu,[3] tem-se que todo homem que detém poder tende a abusar deste,[4] sendo esta a principal razão para se apregoar uma separação de poderes, a fim de evitar tal arbítrio. É interessante notar, no entanto, como a percepção do princípio da separação de poderes variou no sistema inglês e norte-americano. Essa constatação é interessante e pertinente para se começar a entender as origens históricas da conhecida submissão do Poder Legislativo brasileiro frente aos outros Poderes, já que nossa primeira república fora amplamente influenciada pelo presidencialismo americano.

Assim, tem-se que enquanto na Inglaterra observou-se a ascensão do dogma da soberania do Parlamento, em face das profundas desconfianças com os tribunais do antigo regime (os *parlements*), nos Estados Unidos a posição foi diametralmente oposta. Em verdade, as antigas treze colônias temiam o Poder Legislativo inglês e a “ditadura do legislativo”, de modo que o modelo americano acabou por ampliar as prerrogativas do Poder Judiciário frente o Poder Legislativo, muito embora o mecanismo do *judicial review* não estivesse expressamente previsto na Constituição de 1787.[5] Essa diminuição da importância do Poder Legislativo em face dos demais Poderes, no Brasil, será adiante analisada com mais vagar, levando-se em conta, sobretudo, o aumento das atribuições do Poder Judiciário.

Bruce Ackerman, em recente obra publicada no Brasil, propõe uma nova leitura do princípio da separação de poderes, partindo de considerações sobre como o princípio é concebido, sobretudo, nos Estados Unidos. Apesar de serem feitas considerações especialmente em face das relações entre o Poder Executivo e o Legislativo, que não constituem objeto deste estudo, é interessante notar como o modelo norte-americano de separação levou a um presidencialismo extremamente personalista, sendo este defeito uma das mais severas críticas do autor.[6]

Ele chega a afirmar que o Presidente Bill Clinton, num regime parlamentarista, não teria durado um mês no cargo, em face do conhecido escândalo sexual que consumiu a vida política americana por cerca de um ano. No parlamentarismo, tal crise atingiria a imagem dos parlamentares, que não exitariam em destituir o primeiro ministro, evitando um amplo desgaste em termos de debate público. Como o presidencialismo leva a esse culto à personalidade, a sociedade americana teve de aturar por um tempo razoável um debate público de questões eminentemente privadas, à exceção do perjúrio cometido por aquele Presidente, obviamente. Tais ponderações sobre o personalismo no regime presidencialista dos Estados Unidos servem para nortear o mesmo debate no Brasil, mormente quando se relembra como aquele presidencialismo influenciou a configuração do presidencialismo brasileiro.

O autor enxerga, ainda, outro grave problema ligado à concepção corriqueira acerca da separação de poderes. Trata-se da análise do princípio à luz dos impasses à governabilidade que ele é capaz de ensejar, criando “a crise de governabilidade”,

quando, por exemplo, os órgãos legislativos e a presidência são ocupados por partidos políticos diferentes ou facções diferentes do mesmo partido.^[7] Nesse cenário de crise, o Poder Legislativo deixaria de desempenhar sua função precípua para, utilizando-se de instrumentos previstos no próprio ordenamento jurídico, minar a atuação do Poder Executivo, que, por sua vez, “realizará ações unilaterais sempre que assim puder safar-se”.^[8] A percepção desse estado de coisas em Países como Brasil e Argentina não passa despercebida pelo autor, cuja análise é precisa, nestes termos:

Uma vez iniciada a crise, ela dá origem a um ciclo vicioso. Os Presidentes quebram impasses legislativos “resolvendo” problemas urgentes com decretos unilaterais que, muitas vezes, vão muito além de sua autoridade constitucional formal; em vez de protestar, os representantes ficam aliviados por livrarem-se da responsabilidade política de tomar decisões políticas difíceis; os presidentes subseqüentes usam tais precedentes para ampliar ainda mais o seu poder, além disso, essa prática nascente pode até ser sistematizada por emendas constitucionais posteriores. Cada vez mais, a câmara é reduzida a um fórum para postura demagógica, enquanto o presidente toma as decisões difíceis unilateralmente, sem considerar os interesses e ideologias representadas pelos partidos políticos principais no congresso. Este ciclo triste já é visível em países como Argentina e Brasil, que apenas recentemente emergiram de ditaduras militares. Uma versão menos patológica é visível na pátria do presidencialismo: os Estados Unidos da América.^[9]

As assertivas do autor fazem todo o sentido para a realidade brasileira, cuja separação de poderes é marcada, por exemplo, pelo uso de excessivas medidas provisórias causadoras de uma indevida ingerência do Poder Executivo na agenda do Poder Legislativo. Este, por sua vez, queda-se inerte diante dessa afronta, seja pela falta de controle efetivo dessas espécies normativas pela Comissão Mista de Deputados e Senadores (art. 62, § 9º da CF/88), seja pela falta de iniciativa em aprovar uma reforma constitucional que corrija o regramento atual das medidas provisórias.

Ainda segundo Ackerman, o princípio da separação dos poderes atende a três ideais. Nesse sentido, o autor assenta que:

O primeiro ideal é a democracia. De um modo ou de outro, a separação pode servir (ou impedir) ao projeto populista de autogoverno. O segundo ideal é a competência profissional. As leis democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. O terceiro ideal constitui-se pela proteção e a ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos da tirania.^[10]

A partir desse trecho, que consagra nos três ideais a separação de poderes através de freios e contra pesos, é possível demonstrar o equívoco da interpretação que atribui à obra de Montesquieu uma separação absoluta e estática entre os Poderes. De fato, o próprio exemplo de separação de poderes dado por Montesquieu em sua obra clássica refere-se à constituição inglesa, cujo regime parlamentarista já demonstrava como os

poderes devem limitar uns aos outros.[11] O abandono dessa equívoca interpretação contribuiu para superar a idéia de separação absoluta entre os poderes e a conseqüente consagração das funções estatais em cooperação mútua, cuja atual configuração está intimamente relacionada à ascensão do Estado Social.

Essa má interpretação do *Espírito das Leis* por parte dos críticos da Constituição americana levou James Madison a escrever diversos artigos defendendo a opção de separação de poderes feita pelos Fundadores.[12] Os críticos desse histórico texto constitucional acusavam-no de desrespeitar o princípio, pois defendiam a incorreção do mecanismo dos freios e contra pesos. Respondendo a essa crítica, Madison, após analisar a separação de poderes na Constituição inglesa,[13] assenta não haver um único caso de separação absoluta entre os poderes.[14]

Nesse sentido é que se configura o abrandamento de uma separação absoluta entre os poderes a partir de mecanismos de freios e contra pesos, com a consagração de institutos como o veto, a iniciativa de leis, o *impeachment*, a nomeação de magistrados pelo Chefe do Executivo e o controle de constitucionalidade das leis. Assim, os Poderes não se mostram completamente dissociados entre si, pois é essencial que um exerça o controle constitucional sobre os demais. Para Gilberto Bercovici, o ponto central da estrutura do Estado norte-americano e de sua democracia é a união do mecanismo de freios e contra pesos com o federalismo. Assim, tem-se uma separação horizontal e vertical de poderes, com o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como entre a União e os Estados federados.[15]

A doutrina moderna aponta que as razões históricas propiciadoras do surgimento do dogma da separação dos poderes não mais subsistem hodiernamente.[16] Levando-se em conta, principalmente, o aumento dos fins a serem alcançados pelo Estado Social, em confronto com o Estado Liberal, tem-se como incompatível a manutenção daquele princípio em sua feição liberal, pois propiciava, verdadeiramente, uma flagrante diminuição das finalidades estatais.

O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes e o surgimento de novos mecanismos de freios e contra pesos, levando em conta, principalmente, o surgimento da súmula vinculante, serão os temas adiante abordados.

2.1 O avanço do Poder Judiciário como forma de reequilibrar as relações entre os demais Poderes

O crescimento de atribuições do Poder Judiciário, justificando uma releitura do princípio da separação de poderes, foi uma resposta ao aumento das atribuições típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo trazidas a lume com o advento do Estado Social.[17] Com esse novo cenário, o avanço do Poder Judiciário nada mais representa do que o necessário movimento para se preservar a harmonia e independência entre os demais Poderes, com a ampliação dos mecanismos de freios e contrapesos.

A grande questão que se coloca é saber até que ponto esse avanço do Poder Judiciário é proporcional ao surgimento de novas atribuições pelos demais Poderes. Se há desproporcionalidade, tem-se o surgimento de um super-Poder, hipertrofiado e perigoso para a democracia.[18] Concentrando-se especialmente nas relações entre Poder

Legislativo e Poder Judiciário, objeto precípua deste estudo, tem-se que Montesquieu assim demonstra o perigo por trás dos “juízes legisladores”:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.[\[19\]](#)

A criação judicial do direito, ou seja, o desenvolvimento de normas jurídicas pelo Poder Judiciário, coloca-se como ponto central dessa nova separação de poderes, cuja atual configuração, no Brasil, culminou com a criação do instituto da súmula vinculante. Diga-se, desde já, que o processo interpretativo em si, levado a cabo pelos juízes, já implica num certo grau de criação judicial, pois em toda interpretação há um mínimo de discricionariedade do intérprete. Deve-se indagar, assim, qual o grau ideal dessa criação judicial do direito, e não o fato de ela existir ou não.[\[20\]](#)

Explorar o interessante tema acerca dos limites da criação judicial do direito torna necessária uma breve digressão sobre a relação entre a atividade judicante e a lei, levando-se em conta os primados da Escola de Exegese e a caracterização dos juízes como “bocas da lei”. Sabe-se que a referida escola de pensamento apregoava a teoria da plenitude da lei, consagrada a partir da soberania do parlamento, tendo, ainda o Estado como única fonte criadora do direito. Além disso, era somente de se admitir a interpretação gramatical dos textos legais, como forma de não desvirtuar o trabalho feito pelos legisladores e preservar a vontade destes, a fim de manter uma rígida separação de poderes.[\[21\]](#) Nesse contexto, o juiz não passava de mero aplicador automático da legislação, colocando-o em franca submissão ao Poder Legislativo.

Diversos argumentos podem ser levantados para demonstrar os equívocos dessa concepção dogmática surgida na França napoleônica. O apego à interpretação gramatical como forma de preservar a separação de poderes é algo exagerado na exata medida em que os poderes também se interpenetram, como visto anteriormente. Admitir a teoria da plenitude da lei também é impreciso, já que a lei apresenta lacunas, devendo ser preenchidas pelos devidos processos integrativos. Preservar a vontade do legislador é algo inatingível, pois diz respeito à pesquisa da subjetividade alheia. Finalmente, o Estado não pode ser considerado como único criador do direito, tendo em vista, por exemplo, o costume e a jurisprudência como fontes do direito, essenciais tendo em vista, principalmente, o fato de o legislador não ser capaz de prever todas as situações da vida.[\[22\]](#)

Abandonando essas posições formalistas, passa-se a indagar de maneira mais precisa sobre a intensificação da atividade judicial, encontrando uma primeira explicação justamente na “revolta contra o formalismo”, caracterizada por uma série de movimentos divergentes daquelas concepções capitaneadas pela Escola de Exegese. Sendo assim, escolas como a da livre investigação científica, de Gény, ou do direito livre, de Kantorowicz, dentre tantas outras, defendiam uma intensificação da criação judicial do direito em diferentes graus. Esta última apresentava-se mais radical, já que sustentava a possibilidade de o juiz recusar a aplicação da lei por entendê-la injusta, num juízo claramente subjetivo. A escola de Gény, por outro lado, só admitira a criação

judicial quando, em havendo uma lacuna na lei, esta não pudesse ser preenchida pela analogia ou costume.[\[23\]](#)

Mauro Cappelletti aponta que a revolta contra o formalismo, desencadeada por escolas como as do direito livre e da livre investigação científica, não se constitui em motivo suficiente para perscrutar o crescimento da atividade judicial. O fato determinante, para o autor, é o surgimento do Estado Social, a conseqüente legislação do bem estar e o aparecimento dos direitos sociais.[\[24\]](#)

Com o surgimento do Estado Social, as finalidades estatais são amplamente dilatadas, pois agora o Estado deve atuar como agente capaz de reduzir as desigualdades de fato existentes na sociedade. Os direitos sociais, assim, são aqueles direitos fundamentais de segunda geração, ligados ao valor igualdade. A implementação desses direitos demanda uma atitude positiva por parte do Estado, diferentemente dos direitos de primeira geração, ligados ao valor igualdade e cujo respeito demanda uma abstenção estatal.[\[25\]](#)

Desse modo, para se alcançar essas finalidades sociais em temas como previdência social, saúde, assistência, trabalho, proteção à gestante, proteção à infância, lazer, cultura, moradia, educação e segurança, as competências do Poder Executivo e do Legislativo, inegavelmente, acabam por se ampliar. Uma constatação desse movimento pode ser facilmente percebida com o surgimento nos textos constitucionais de normas tidas por “programáticas”, cuja concretização dependeria de ulterior regulamentação não só por uma única lei infraconstitucional, mas por várias. Além disso, tais normas constitucionais dependeriam de atos concretos do Poder Executivo para serem, efetivamente, aplicadas.[\[26\]](#) Como esse novo dimensionamento desses poderes políticos, o Poder Judiciário teve de se adaptar, pois passou a ser chamado a se manifestar sobre políticas públicas e a inconstitucionalidade da não implementação destas.

Esse novo dimensionamento do Poder Judiciário é necessário para a manutenção e aprimoramento dos mecanismos de freios e contra pesos, sendo um componente essencial para o equilíbrio entre os poderes. Como dito anteriormente, a atividade interpretativa desenvolvida pelos juízes já implica em criação judicial do direito, pois toda interpretação já leva um pouco da discricionariedade do intérprete. Debatendo sobre os limites dessa criação judicial em relação à criação legislativa do direito, Cappelletti assenta que a diferença entre as duas funções não é substancial, pois ambas estão limitadas pela Constituição, pela realidade social, econômica e política vigente. A diferença marcante é procedimental, já que os magistrados só criam o direito quando provocados para tanto, guardando, ainda, independência e imparcialidade em relação às partes, predicativos não presentes entre os parlamentares, cuja vinculação às maiorias ocasionais ou aos grupos de pressão por vezes podem consistir em instrumento de opressão das minorias.[\[27\]](#)

Finalizando esse ponto sobre o avanço do Poder Judiciário, cumpre analisar brevemente a mais séria objeção a essa tendência, qual seja, a falta de legitimação democrática do Poder, cujos membros não são eleitos pelo povo e tem o poder de impor decisões não-majoritárias à sociedade. Faltaria, assim, representatividade ao judiciário.

As objeções não convencem. Primeiramente, nem sempre os membros do Poder Legislativo ou do Executivo estão empenhados em representar a maioria, tamanho o jogo de alianças e troca de favores entre diversos grupos de pressão existentes na cena política, fazendo com que a representação, por vezes, seja maculada.[\[28\]](#)

Além disso, é incorreta a suposição de que o Poder Judiciário não detém representatividade popular. Ora, se todo poder emana do povo, mesmo o judiciário tem de ostentar alguma representatividade, como, de fato, apresenta. Segundo Robert Alexy, tal representatividade, no entanto, é argumentativa, não política, esta sim, típica do parlamento. Desse modo, quando um tribunal decide uma questão com base em argumentos racionais, contribuindo para o debate público do tema e o engrandecimento da relação entre a opinião pública e os demais poderes, tem-se a efetivação dessa representação argumentativa, pois o cidadão, se estiver disposto a participar de um debate jurídico-constitucional racional, terá seus interesses levados em conta no momento da decisão. Um Poder Judiciário que assim procede não o faz contra o povo, mas a favor dele.[\[29\]](#)

A representatividade em questão é alcançada também com a participação efetiva do cidadão no deslinde da questão posta perante o Poder Judiciário. Se é possível que os demais Poderes oprimam certas minorias, cuja fraqueza e inexpressividade política possam excluí-las do debate público, tal hipótese é remota em face de um Judiciário capaz de propiciar amplo acesso à justiça. Em sendo conferido esse acesso, essas partes outrora excluídas poderão participar de um processo dialético, tendo, finalmente, suas pretensões formuladas perante um órgão público que tem o dever constitucional de emitir um pronunciamento sobre o caso. Levando em conta as garantias da magistratura antes referidas – independência e imparcialidade – esses litigantes terão a garantia de uma audiência perante um órgão desinteressado diretamente com os interesses em debate.

Deve-se assentar, ainda, que a decisão judicial não é o resultado da vontade única do juiz, consistindo, verdadeiramente, o resultado de um discurso dialético entre autor, réu e, em determinados casos, até mesmo com parcela representativa da sociedade, como adiante será demonstrado no estudo da sociedade aberta de intérpretes. Em face dessas características, Nagibe de Melo Jorge Neto, ao analisar a legitimidade do Poder Judiciário para implementar políticas públicas, assenta que:

A estrutura do Poder Judiciário, capilarizada, presente na maioria dos municípios brasileiros, constitui-se, por meio do discurso racional, em um foro de discussão e implementação das políticas públicas que jamais poderia ser alcançado quer pelo Poder Legislativo, que pelo Poder Executivo. Em primeiro lugar, porque as decisões judiciais são imediatamente implementáveis, o que dá efetivo poder ao cidadão. Em segundo, porque a decisão se dá de forma direta, sendo mediada apenas pelo juiz. É o próprio povo quem pede e tem ou não atendidas as reivindicações para a efetivação dos direitos fundamentais. São dispensados os representantes do povo. Em terceiro, porque o discurso com base no qual opera a decisão judicial, por fundar-se em critérios racionais e por ser instrumentalizado por quem efetivamente detém o poder e não por seus representantes, está, de certo modo, mais protegido ou infenso à atuação de grupos de pressão econômica ou de natureza outra que lhe possa distorcer o resultado.[\[30\]](#)

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Cappelletti afirma que “o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”.^[31] Para o autor, se garantido o livre acesso do povo ao Poder Judiciário e a livre participação nos concursos de seleção para juízes daqueles que preencherem os requisitos mínimos de escolaridade, tem-se que a criação judicial do direito e o conseqüente avanço do Poder Judiciário não se afiguram contrários à democracia.^[32]

A participação popular nos processos perante o Poder Judiciário, sobretudo desenvolvendo interpretação constitucional, é uma das mais interessantes idéias do constitucionalismo contemporâneo. Peter Häberle sustenta que a interpretação constitucional não é uma tarefa exclusivamente estatal, pois já que a Constituição emana do poder do povo, este também é seu legítimo intérprete. Assim, o autor propõe a ampliação dos círculos de intérpretes numa sociedade aberta e pluralista, cuja diversidade de pontos de vista é essencial para a construção de uma decisão legítima. Para o autor, portanto, deve-se proceder a uma democratização da interpretação constitucional, ampliando-a para além dos órgãos estatais a fim de abraçar: a opinião pública, a mídia, as associações, os partidos políticos, as igrejas, teatros, editoras, escolas, etc.^[33] Essas idéias encontram abrigo na ordem constitucional brasileira, levando-se em conta a existência da figura dos *amicus curiae* e a realização de audiências públicas para a participação de especialistas em processos perante o STF.

Em síntese, pode-se afirmar que a nova separação de poderes determina um avanço do Poder Judiciário através de um ativismo que deve buscar o reequilíbrio entre os Poderes, cuja competência fora ampliada com o advento do Estado Social. Esse novo Judiciário não constitui um poder hipertrofiado pelo único motivo de exercer um ativismo até então desconhecido. No entanto, se no exercício constitucional de sua função jurisdicional há algum excesso, os demais Poderes devem responder à altura, a fim de trazer o necessário equilíbrio. É nesse contexto que será analisada a súmula vinculante, especialmente quando editada em desconformidade com as formalidades constitucionais.

3. aspectos gerais da Súmula Vinculante

Com o advento da súmula vinculante através da EC nº 45, ocorreu uma aproximação entre o sistema brasileiro do *civil law* e o sistema anglo-saxônico do *common law*. Há uma aparente incompatibilidade entre os sistemas, já que este é muito mais focado na primazia da decisão judicial, seguindo o princípio do *judge made law*, enquanto o direito codificado está, eminentemente, baseado na lei.^[34]

Ocorre que no *common law* as decisões judiciais preocupam-se eminentemente em resolver o caso concreto, criando um precedente a ser seguido em outros julgamentos. Essa é a característica principal da máxima latina *stare decisis et non quieta movere* ou “cumprir os precedentes e não perturbar os pontos pacíficos”. Essa teoria tem seus resultados garantidos a partir do uso da doutrina do *Binding Precedent* (“precedente vinculante”), pois esta determina que, se presente a mesma situação fática, um futuro caso deve receber o mesmo tratamento daquele anteriormente julgado, respeitando-se o precedente mesmo que as partes sejam distintas.^[35]

Diga-se, no entanto, que essa posição majoritária aparada no fundamento da súmula vinculante pela doutrina do *stare decisis* é atacada por autores do quilate de

Lenio Luiz Streck. Para o autor, no direito norte-americano a força do precedente se apresenta vinculado à tradição, não se encontrando em qualquer lei escrita. Assim, o intuito principal das decisões naquele sistema não é criar um precedente vinculante, mas sim resolver o litígio no caso concreto. Essas diferenças, assim, não autorizariam colocar aquela doutrina como fundamento da súmula vinculante.[\[36\]](#)

Assiste razão, no entanto, à corrente majoritária, já que mesmo no sistema norte-americano o precedente criado também se torna vinculante, muito embora não seja esta sua finalidade primária, mas sim secundária.

A aplicação do precedente pressupõe, então, uma análise distintiva entre os casos postos, ou um *distinguishing*, perquirindo-se se o novo caso demanda, realmente, a vinculação ao precedente. Se as situações não forem assemelhadas, não há vinculação, fazendo-se necessária, portanto, uma argumentação *from case to case*.[\[37\]](#)

Deve-se atentar para a possibilidade de o precedente não mais corresponder às exigências da sociedade, tendo em vista, por exemplo, o fato de o precedente ser muito antigo, encontrando-se ultrapassado. Em situações como essa, é possível não aplicar o precedente tendo em vista sua superação ou *overruling*. Em relação ao direito norte-americano, Charles Cole adverte, no entanto, que não caberia a princípio ao juiz de primeiro grau decidir sobre a superação de eventual precedente, já que as decisões vinculantes provêm de uma corte de apelação, federal ou estadual, além da Suprema Corte. Mesmo assim, quando o juiz está diante de um precedente já erodido pelo tempo, é possível afastá-lo quando se constata que essa bem poderia ser a atitude da corte. Evidentemente, a parte prejudicada irá recorrer sustentando a manutenção do precedente. [\[38\]](#)

Se através do *distinguishing* o precedente ainda subsiste, não sendo apenas aplicado a determinado caso por não se encontrar a devida similitude, com o *overruling* o precedente é afastado, porque tido por superado. Através desses institutos, se busca conciliar o rigor do *stare decisis* como papel inovador e criativo dos juízes.

Feitas essas considerações sobre o precedente vinculante, sua aplicação, formas de afastamento e superação, é interessante compreender como a súmula vinculante se relaciona com a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, movimento que apregoa a equiparação do controle difuso com o concentrado. Partindo da análise do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC 45, tem-se que compete ao STF, de ofício ou mediante provocação, editar súmula vinculante após a aprovação de 2/3 de seus membros, tendo em vista relevante controvérsia constitucional travada entre órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública em torno de certa norma. Essa divergência deve ser atual e com certa gravidade, capaz de gerar incerteza jurídica e considerável multiplicação de processos versando sobre causas idênticas. A súmula vinculante, ainda de acordo com o dispositivo constitucional, tem como objetivos a interpretação, eficácia e validade da norma impugnada, cabendo também ao STF proceder à revisão ou cancelamento da súmula, quando as situações fáticas e jurídicas assim demandarem, mostrando como se incorporou um mecanismo semelhante ao citado *overruling*.

Um dos requisitos mais importantes para a edição da súmula vinculante é que aquela controvérsia constitucional já tenha sido objeto de reiterados pronunciamentos

pelo STF. Com isso, busca-se evitar aquilo que é um dos maiores vetores para edição da súmula vinculante: a insegurança jurídica. Em verdade, somente após certa maturação, em face de alguns julgamentos já efetivados, é possível sumular a questão, tendo em vista, principalmente, o forte efeito vinculante inerente ao verbete aprovado. Tal fortaleza se mostra na possibilidade de ajuizamento de reclamação constitucional, em ocorrendo a não aplicação, ou a má aplicação, da súmula vinculante. Se a reclamação é ajuizada contra ato administrativo, esse pode ser anulado, e, se ajuizada contra sentença, esta pode ser cassada, determinando-se que outra seja proferida em seu lugar, aplicando ou não a súmula vinculante, conforme o caso. Os efeitos da súmula vinculante, principalmente os subjetivos, serão adiante analisados, quando do estudo da compatibilidade da súmula vinculante com o princípio da separação de poderes.[\[39\]](#)

Percebe-se que a súmula vinculante pode ser um importante instrumento para se alcançar celeridade na tramitação dos processos e segurança jurídica, se for bem utilizada, respeitando-se as disposições constitucionais para sua edição.

Através da edição da súmula vinculante, tem-se uma aproximação entre os efeitos típicos do controle concentrado e do controle concreto. Ocorre que um dos pressupostos para sua edição é o julgamento reiterado de questões concretamente postas no STF, que não foram objeto de controle de constitucionalidade abstrato ou em tese, já que provenientes do controle concreto. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

“Doravante, contudo, parece mais adequado compreender a súmula vinculante como um processo objetivo típico (embora com certas peculiaridades), que promove a aproximação entre o controle difuso-concreto de constitucionalidade (reiteradas decisões) e o controle abstrato-concentrado (efeito vinculante)”.[\[40\]](#)

Aqui está a concretização da abstrativização do controle concreto através da súmula vinculante: a partir de julgamentos reiterados no controle de constitucionalidade concreto, cujas decisões só dizem respeito às partes naquele processo, é lícito à Suprema Corte editar uma súmula capaz de vincular quem não foi parte naqueles casos antes julgados. Abstraem-se as partes originárias para, em face da segurança jurídica, sumular um verbete dotado de efeito vinculante. Apesar de essa ser a origem mais comum da súmula vinculante, como o texto constitucional coloca como condição a reiteração de decisões, de maneira ampla, é possível existir, como de fato existe, súmulas vinculantes formadas a partir da reiteração de decisões não no controle concreto, mas sim proferidas no controle concentrado, como ocorreu, por exemplo, com a súmula vinculante nº 2, fruto da decisão de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra leis estaduais.[\[41\]](#)

4. Súmula vinculante e separação de poderes

Houve muita polêmica acerca da constitucionalidade da súmula vinculante quando de sua criação. Não é objetivo deste trabalho ressuscitar esse debate, por razões bem pragmáticas: o instituto encontra ampla aplicação perante o STF, que até mesmo já elaborou dezesseis enunciados vinculantes, não dando qualquer indício acerca da inconstitucionalidade do mesmo. Desse modo, em não havendo utilidade prática na

discussão, a análise a ser desenvolvida parte da súmula vinculante como instituto constitucionalmente aceito pela ordem constitucional brasileira.

Reconhecer a constitucionalidade da súmula vinculante não afasta a possibilidade, no entanto, da existência de súmulas vinculantes inconstitucionais, quando há a violação, por exemplo, dos requisitos formais de elaboração do verbete por parte do STF. Nesse sentido, tendo em vista o inegável caráter normativo da súmula, é de se indagar: em face de uma súmula vinculante inconstitucional, qual deve ser a postura do Poder Legislativo para manter sua competência legislativa constitucional? O desenvolvimento do tema demanda a investigação da súmula vinculante e sua relação com o princípio da separação de poderes.

Diga-se, inicialmente, que os limites subjetivos do efeito vinculante da súmula não se estendem ao Poder Legislativo em relação ao desempenho de sua função típica de legislar, bem como ao próprio STF, conforme o art. 102, §2º da CF/88. A não vinculação ao STF é justificável, já que a vinculação poderia levar a um engessamento da própria Constituição, pois se a Corte ficasse atrelada a julgamento anterior, teria de repetir julgamento com o qual, possivelmente, nem mais concordasse, retirando sua independência. A não vinculação do Poder Legislativo é uma forma de evitar o fenômeno da “fossilização da Constituição” e de preservar a separação de poderes, já que não se pode proibir o legislador de legislar, mesmo que adotando uma posição contrária à firmada pelo órgão máximo do Poder Judiciário. É a partir dessa limitação subjetiva dos efeitos da súmula que se abre ao Poder Legislativo a possibilidade de contra ataque em face de determinada súmula inconstitucional.

Por isso, não assiste razão, nesse ponto, a Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem haveria uma vinculação indireta ou reflexa do Poder Legislativo em face da súmula vinculante. Para o autor, essa vinculação reflexa mostrar-se-ia quando da análise de determinado projeto legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça de Congresso Nacional, que deveriam levar em conta o entendimento sumulado a ponto de revisar ou até mesmo arquivar a proposição.[\[42\]](#)

Com o devido respeito, essa não parece ser a melhor interpretação. Admitir essa vinculação reflexa é admitir um mínimo de ingerência do STF na função típica de legislar. Essa ingerência mínima poderia se transformar, se levasse ao arquivamento do projeto, em verdadeira vinculação direta, contrariando o art. 102, § 2º da CF/88 e o princípio da separação de poderes. O problema dessa vinculação reflexa se agrava quando se esta diante de uma súmula vinculante inconstitucional, cuja resposta do Poder Legislativo, por razões lógicas, não poderia levar em conta um entendimento contrário à própria Constituição.

A relação entre a súmula vinculante, atribuindo verdadeira competência normativa ao STF, com o princípio da separação de poderes deve ser analisada a partir da própria decisão do Poder Legislativo em compartilhar parte de sua competência com o Poder Judiciário. Essa decisão legislativa foi proferida quando da aprovação da EC nº 45 e a conseqüente criação daquele instrumento. Não fosse assim, o Congresso Nacional não deveria ter aprovado o art. 103-A da CF/88. Ocorre que a criação dessa competência normativa foi feita sob certas condições, fixadas no referido artigo constitucional. As conseqüências do descumprimento dessas condições por parte do STF serão adiante analisadas.

Levando também em conta que desde a EC nº 3, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Constituição convive com a atribuição de efeito vinculante a certas decisões judiciais, efeito esse gradativamente ampliado com a EC nº 45, não há inconstitucionalidade na criação da súmula vinculante por eventual ofensa à separação de poderes. Como visto anteriormente, esse princípio não pode mais ser concebido como forma estática e absoluta de separação, devendo-se buscar, verdadeiramente, um equilíbrio e cooperação entre as funções estatais.^[43] Se o STF edita uma súmula vinculante de acordo com as prescrições constitucionais, essa harmonia está mantida. Se não, é necessária a implementação de freios por parte do Poder Legislativo.

5. A súmula vinculante inconstitucional e a resposta do poder legislativo

As súmulas de um modo geral e as vinculantes de maneira específica podem violar a Constituição. Lenio Streck diferencia as súmulas que violam a Constituição de maneira ampla, quando, no plano infraconstitucional vão de encontro ao texto constitucional, das súmulas que estabelecem um texto novo para a própria Constituição. Em relação às segundas, cuja proximidade com a súmula vinculante é mais evidente, o autor aponta que dificilmente o STF declararia a inconstitucionalidade delas, já que por ele aprovada mediante ampla maioria de 2/3 de seus membros.^[44] Assim, caberia ao Poder Legislativo tomar a iniciativa de corrigir o vício.

Tendo em vista a principal patologia apresentada pelas súmulas vinculantes aprovadas pelo STF, qual seja, o desrespeito à condição constitucionalmente posta no art. 103-A no que tange à reiteração de decisões sobre a matéria, concentrar-se-ão os estudos seguintes em torno desse tema e da inconstitucionalidade dele advinda. Não se quer com isso, evidentemente, dizer que outras formas de inconstitucionalidade não mereçam resposta do Poder Legislativo.^[45] O corte metodológico proposto é uma forma de racionalizar o enfrentamento do problema, que, logicamente, não se exaure nesta única problematização. Diga-se, ainda, que a inconstitucionalidade proveniente do desrespeito ao comando acerca da “reiteração de decisões” é uma inconstitucionalidade formal, pois diz respeito a uma condição essencial de edição da súmula vinculante. Através dessa condição tem-se a garantia de que a matéria foi debatida de maneira serena e repetida pela corte, a fim de evitar uma celeridade comprometedora da qualidade da prestação jurisdicional.

Em não havendo a reiteração de decisões e, mesmo assim, ocorrendo a edição de uma súmula vinculante, tem-se que o Poder Judiciário está legislando fora das condições admitidas pelo Poder Legislativo fixadas na EC nº 45. A falta de atenção do STF no trato das súmulas vinculantes já desperta a atenção da doutrina. Nesse sentido, André Ramos Tavares assenta que:

Na realidade, o STF tem insistido na informalidade no manejo das súmulas vinculantes, criando novas súmulas sem uma discussão evolvente de todas as nuances e particularidades que os temas exigem, dispensando pouca atenção à fórmula redacional final e suas possíveis conseqüências, bem como à questão temporal da aplicação das súmulas. Com exceção da Súmula Vinculante 14, aditada a partir da provocação do Conselho Federal da OAB, todas as demais contaram, em maior ou menor grau, com uma despreocupação processual comprometedora de uma ampla e madura discussão sobre o teor da súmula que se propõe seja vinculante. O STF consolidou o entendimento de que está livre de quaisquer amarras processuais quando é ele próprio a propor a

edição de nova súmula vinculante, o que demonstra a visão centralizadora e o unilateralismo da Corte no particular.[\[46\]](#)

Tome-se como exemplo a súmula vinculante nº 13, que combate o nepotismo.[\[47\]](#) Reconheça-se, inicialmente, a dificuldade em se criticar uma súmula vinculante cujo conteúdo era almejado por boa parte da população brasileira, devendo ter desagradado somente aqueles que se beneficiavam com essa nefasta prática que enoja a vida pública brasileira, por confundir a coisa pública com bens privados. Não se critica a vinculação direta dos Poderes aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade ou eficiência, norteadores da decisão, mas se deve reconhecer que a edição do verbete foi precedida do debate em torno de somente cinco outras ações,[\[48\]](#) insuficientes para o completo amadurecimento do tema no concernente a questões específicas e delicadas.

Veja-se, por exemplo, a amplitude dada ao tema ao se caracterizar nepotismo a nomeação de parentes da mesma pessoa jurídica. Levando-se em conta o tamanho do aparato burocrático da União, é de difícil imaginar como essa disposição será aplicada a contento. Só se pode atribuir tal deslize a uma falta de amadurecimento da matéria.

Investigar-se-á, então, como o Poder Legislativo pode responder a essas afrontas perpetradas pelo STF, a fim de trazer o reequilíbrio entre os Poderes.

5.1 Sustação da súmula vinculante com base no art. 49, XI da CF/88

Ressalte-se, inicialmente, que o art. 103-A, § 2º da CF/88 prevê a possibilidade de a mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados pedir o cancelamento de súmula vinculante. Essa medida não parece dotada de maior eficácia, já que, dificilmente, o STF mudará seu entendimento e declarará a inconstitucionalidade de uma súmula vinculante por ele aprovada, principalmente em se tratando de uma aprovação recente, como alertado por Lenio Streck anteriormente. Além disso, o pedido de cancelamento não seria uma forma de o próprio Poder Legislativo resolver o problema, pois ficaria na dependência da manifestação do Judiciário. Pelo mesmo motivo não será abordada a possibilidade, já admitida por parte da doutrina, de o Legislativo combater a súmula vinculante inconstitucional mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.[\[49\]](#)

A doutrina de um modo geral parece ter esquecido do art. 49, XI da CF/88 e da potencialidade deste dispositivo em preservar a competência constitucional do Poder Legislativo.[\[50\]](#) A partir de uma interpretação que busca reequilibrar os Poderes, sustentar-se-á a possibilidade de sustação da súmula vinculante por parte do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo.

Um primeiro óbice a essa interpretação operaria no sentido de que tal norma constitucional só alcançaria a possibilidade de edição de leis e/ou emendas constitucionais para se alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a preservação da competência legislativa do Congresso Nacional em face das atribuições normativas dos demais Poderes. Ora, a Constituição deve ser interpretada em sua unidade, de modo que não há dispositivos inúteis em seu texto. A prerrogativa de editar leis e emendas constitucionais está prevista no art. 59 e seguintes, que dispõem sobre o processo

legislativo. Havendo disposições específicas, o art. 49, XI deve ter uma outra finalidade, não vendando, evidentemente, a edição das referidas leis e emendas constitucionais como outra forma de correção, adiante analisadas. Essa outra finalidade é a aventada possibilidade de sustação da súmula vinculante por decreto legislativo.

Um segundo óbice diria respeito ao princípio da separação de poderes e à inconstitucionalidade em se sustar um ato fruto de reiteradas decisões judiciais, como que ressuscitando o antidemocrático mecanismo de anticontrole de constitucionalidade previsto na Constituição de 1937. Veja-se em que consistia tal aparato.

A Constituição de 1937 inaugura o “Estado Novo” e determina verdadeiro retrocesso na evolução do controle de constitucionalidade na ordem constitucional brasileira. A Carta de 1937 entra para a história brasileira como a primeira a, efetivamente, dispensar os serviços de uma Assembléia Constituinte. Nesse sentido, Paes de Andrade e Paulo Bonavides demonstram que:

Mesmo a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, deve ser considerada como fruto do trabalho dos constituintes. Quando o texto já estava concluído, o Imperador dissolveu a Assembléia, mas a Carta que outorgou foi na sua quase integralidade, a que os irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros haviam preparado. Por isso, pode-se afirmar que a Constituição de 1937, foi a primeira que dispensou o trabalho de representação popular constituinte.[\[51\]](#)

A Carta previa a convocação de um plebiscito para se perquirir a manutenção do texto constitucional, além de um mandato presidencial de seis anos, o qual só poderia ser concluído se o resultado do plebiscito fosse favorável à manutenção da Constituição. Com isso, estava implícita a necessidade de realizar tal consulta entre esses seis anos, fato que não ocorreu.[\[52\]](#)

O autoritarismo desse período permeava diversos dispositivos daquele texto constitucional, como o art. 96 parágrafo único,[\[53\]](#) através do qual possibilitava-se ao Presidente da República, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, se ele entendesse ser ela necessária ao “bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, submetê-la novamente ao exame do Parlamento, cuja confirmação por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornaria a decisão do Tribunal sem efeito. Era a consagração do anticontrole de constitucionalidade, o que implicava dizer que a Constituição era, nesses casos, obliquamente emendada, já que se aplicaria uma Lei inconstitucional.[\[54\]](#)

O mecanismo servia, indubitavelmente, como forma de amesquinhar as atribuições do Poder Judiciário, ainda mais quando se tem em vista que bastava a aprovação da maioria dos membros do parlamento para aprovar uma emenda constitucional, suficiente para superar a decisão do STF, conforme previsto no art. 174 daquela Carta. Era mais fácil, assim, aprovar uma emenda constitucional do que tornar sem efeito a decisão do Tribunal. Mesmo assim, o mecanismo de anticontrole fora utilizado.

Eventual aproximação entre os instrumentos, no entanto, não é correta. O autoritário mecanismo da Carta de 1937 era vazado em conceitos jurídicos indeterminados, como

“bem-estar do povo” ou “promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, facilitando seu uso autoritário por parte do ditador. Além disso, qualquer decisão do STF poderia ser cassada. A sustação da súmula vinculante inconstitucional está vinculada a critérios objetivos, quais sejam, a violação das formalidades constitucionais para a edição da súmula. Trata-se de uma resposta de um Poder que teve sua competência violada. Além disso, não é qualquer decisão do STF que será cassada, mas somente as concernentes à súmula vinculante inconstitucional.

Através da sustação da súmula vinculante por decreto legislativo buscar-se-ia trazer uma maior igualdade nas relações de freios e contra pesos entre os Poderes levando-se em conta o quorum de aprovação do decreto, que é de maioria simples. Assim, a exigência não é tão grande quanto os 3/5 das emendas constitucionais, aproximando-se dos 2/3 para aprovação da súmula vinculante. Em se admitindo somente uma resposta legislativa através de emenda constitucional, ver-se-ia uma desarrazoada diferença nos quoruns de aprovação da súmula em face das emendas.

Deve-se reconhecer, no entanto, que, em sendo o decreto legislativo julgado inconstitucional pelo STF, não restaria outra alternativa ao Poder Legislativo a não ser editar uma emenda constitucional. Essa conclusão não retira o esforço argumentativo feito em torno da sustação da súmula vinculante pelo decreto legislativo. Isso porque não se sabe qual será a postura adotada pelo STF diante de tal decreto, já que tal manobra ainda não fora utilizada pelo Legislativo. É possível que o STF perceba que não está diante de um mero pedido de cancelamento da súmula vinculante feito por algumas das mesas, mas sim perante um ato emanado do Congresso Nacional visando à preservação de sua competência legislativa. Se a Corte nota a gravidade da situação, poderia julgar a constitucionalidade do decreto legislativo em homenagem ao princípio da separação de poderes, vendo na atuação do Legislativo o necessário contrapeso à postura inconstitucional da Corte em editar a súmula vinculante. Seria um nobre exercício de humildade constitucional, o qual se espera ver na prática.

6. Considerações finais

O princípio da separação dos Poderes passou de um dogma liberal exclusivamente voltado para a contenção do arbítrio para a moderna concepção de funções estatais ordenadas cooperativamente em busca de alcançar as finalidades públicas, dilatadas com o advento do Estado Social.

Esse aumento de atribuições dos Poderes levou ao surgimento de um “terceiro gigante”, o Poder Judiciário, que passou a ser chamado, por exemplo, a decidir questões envolvendo a implementação de direitos sociais, dentre outros temas até então inéditos àquele Poder.

A presente pesquisa buscou demonstrar que o avanço do Poder Judiciário foi uma resposta necessária ao avanço dos demais Poderes, como uma forma de preservar o equilíbrio entre eles. Tratou-se, na verdade, de uma atualização dos mecanismos de freios e contra-pesos.

Esse avanço, no Brasil, chegou a um estágio no qual os sistemas do *common law* e o do *civil law* estão cada vez mais próximos, principalmente com a chegada da súmula vinculante, cuja edição, se respeitados os limites constitucionais para tanto, não se

afigura atentatória à separação de Poderes. Tendo em vista a prática do STF, no entanto, constata-se que tais requisitos vêm sendo, infelizmente, descumpridos, fazendo surgir súmulas vinculantes inconstitucionais.

Como forma de manter a separação de Poderes, é necessário, diante deste estado de coisas, que o Poder Legislativo responda à altura e busque preservar sua competência constitucional. Assim, sustentou-se a possibilidade de, com base no art. 49, XI da CF/88, ser possível ao Congresso Nacional sustar a súmula vinculante inconstitucional. Tal prática não se afigura atentatória à independência do Poder Judiciário, pois, na verdade, busca corrigir um deslize cometido por este. Também não se trataria de um novo mecanismo de anticontrole de constitucionalidade, pois a base para tal decreto legislativo é firmada em critérios objetivos acerca da violação da competência normativa do Legislativo, perpetrada por uma súmula vinculante que não obedeceu às condições constitucionais para sua edição.

7. Referencias bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. Editora Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Editora SAFE: Porto Alegre, 1993.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais* (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

Jorge Neto, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Editora Jus Podivm: Salvador, 2008.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo XLVII in os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Editora Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. Editora Saraiva: São Paulo, 1998.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. Editora Malheiros: São Paulo, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

[1] Tecnicamente, a expressão mais correta é “enunciado de súmula vinculante”, já que a súmula em si não é vinculante, sendo mera síntese de julgados reiteradamente decididos. É o enunciado nela contido, verdadeiramente, que vincula. No entanto, como o texto constitucional e a doutrina de um modo geral tratam o instituto por “súmula vinculante”, essa será a terminologia adotada no artigo, mesmo reconhecendo o acerto da Lei 11.417/06 cuja regulamentação do instituto trás em seu bojo a expressão mais correta, conforme se lê no art. 2º.

[2] Nesse sentido, Paulo Bonavides aponta que : “Todo o prestígio que o princípio da separação de poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou mais precisamente como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realzas absolutas”. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p, 142.

[3] Indubitavelmente, Montesquieu foi o grande sistematizador do princípio da separação de Poderes, mas a idéia em si encontrava precursores mais antigos. Assim, tem-se que: “Distinguiu Aristóteles a assembléia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário; Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola do Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproxima bastante da distinção estabelecida por Montesquieu”. BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 136.

[4] MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998. p, 165.

[5] ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. p, 88.

[6] ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p, 30.

[7] Idem. p, 14.

[8] Idem. p, 16.

[9] Idem. p, 16.

[10] Idem. p, 7.

[11] MONTESQUIEU. Ob. cit. p, 166-184.

[12] Trata-se dos artigos XLVII ao LI presentes na compilação *Federalist Papers*.

[13] “Ao mais superficial exame da Constituição britânica, percebemos que os poderes legislativo, executivo e judiciário não são em absoluto totalmente independentes e distintos entre si. O magistrado executivo é parte integrante do poder legislativo. Detém sozinho a prerrogativa de fazer tratados com soberanos estrangeiros que, quando feitos têm, sob certas limitações, a força de atos legislativos. Todos os membros do poder judiciário são designados por ele, podem ser removidos por ele por solicitação das duas Câmaras do Parlamento, e compor, quando convier ao magistrado executivo consultá-los, um de seus conselhos constitucionais. Uma das câmaras do poder legislativo forma também um grande conselho constitucional para o chefe executivo, sendo também, por outro lado, o único depositário do poder judiciário em casos de *impeachment* e estando investido da suprema jurisdição de apelação em todos os demais casos. Além disso, os juízes estão tão intimamente ligados ao poder legislativo que frequentemente assistem às suas deliberações e delas participam, embora sem direito a voto legislativo”. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo XLVII. In: Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p, 332-333.

[14] Idem. p, 334.

[15] BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p, 19.

[16] Sobre o ponto, Paulo Bonavides aduz que: “Chagamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p, 86.

[17] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Editora SAFE, 1993. p, 19.

[18] Sobre esse perigo, Madison alertava que: “A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, neste caso como em todos os outros, ser proporcionais ao perigo de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição.” MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Artigo LI*. Ob. cit. p, 350.

[19] MONTESQUIEU. Ob. cit. p, 168.

[20] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 21.

[21] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003. p, 58-65.

[22] Idem. p, 58-65.

[23] Idem. p, 67-69.

[24] CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 34-39.

[25] Ainda segundo Cappelletti: “Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de welfare conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “night watchman”; ao contrário, o estado social – o ‘État providence’, como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de promocional. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimento futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre ‘certo’ e ‘errado’, ou seja, entre o ‘justo’ e o ‘injusto’, right and wrong. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos, cuida-se mais de direitos sociais do que meramente individuais.” Ob. cit. p, 41.

[26] Veja-se, por exemplo, que a concretização do direito social à saúde é impensável de ocorrer “da noite para o dia”, ou através de uma simples e única lei. É necessária a concatenação de uma série de leis tratando do tema e seus correlatos, nas mais diversas esferas de governo. Além disso, a concretização em si do direito só ocorrerá de fato com o dispêndio de gastos públicos e a prática de diversos atos administrativos relativos à: construção de hospitais, ampliação de atos de prevenção, realização de licitação para compra de materiais e remédios, realização concurso para contratação de servidores especializados, etc.

[27] Idem. 74-79.

[28] Nesse sentido é a lúcida análise de Martin Shapiro, citado por Cappelletti: “o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos e majoritários, que dão voz à vontade popular e são

responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria (...), e sim, frequentemente, o compromisso entre corpos com interesses conflitantes”. SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: the Supreme Court and judicial review*. Englewood Cliffs, N.J., Prentice Hall, 1966. p, 24. Apud CAPPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p, 95.

[29] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p, 53-54.

[30] Jorge Neto, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p, 119.

[31] Idem. p, 100.

[32] Idem. p, 105-106.

[33] HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p, 20-23.

[34] TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 360.

[35] Nesse sentido, Chales Cole assenta que: “The *stare decisis* doctrine in the United States legal culture requires that once an appellate court in the State or federal judicial system has selected a principle of law to use in deciding the case before it by a majority opinion of the court, thus establishing the precedent of the case, the court will continue to adhere to that precedent, applying it to future cases where the relevant facts for purposes of decision are substantially the same, even though the parties are different”. COLE, Charles. *The reality of binding precedent in America*. In: Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC. Vol. 24. Jan./Dez./2005. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2005. p, 138. Nesse artigo o autor aborda a realidade do precedente vinculante nos Estados Unidos, levando com conta o âmbito estadual e federal.

[36] STRECK, Lenio Luiz. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p, 152-153.

[37] GAMBARO, Antonio; SACO, Rodolfo. *Sistemi giuridici comparati*. Torino: UTET, 2002. p, 124. Apud. CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p, 60.

[38] “In essence, the trial judge does not have the general authority to overrule prior precedent. When, however, the trial judge is faced with the application of a prior precedent which has been so significantly eroded by the passage of time or other precedent cases that it is clear the precedent would be overruled if the case was submitted to the appropriate appellate court, some trial judges refuse to follow the

outdated precedent. Obviously, however, in such a case the losing party has the opportunity on appeal to assert the failure to follow the precedent as trial court error.” COLE, Charles. Ob. cit. p, 147.

[39] Todas essas considerações são digressões diretamente referíveis ao art. 103-A da CF/88, cuja redação é: “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. (EC nº 45/04) § 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”. A Lei referida no texto constitucional é a de nº 11.417/06, que, dentre outras medidas, ampliou o número de legitimados para a provocação da edição, revisão e cancelamento da súmula vinculante, já que atribuiu legitimidade ao Defensor Público Geral; aos Tribunais Superiores; aos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e Territórios; aos Tribunais Regionais do Trabalho; aos Tribunais Regionais Eleitorais; aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais Militares. Previu-se, ainda, a mesma legitimidade ao Município, incidentalmente nos processos em que for parte, sem a possibilidade de suspensão do processo tendo em vista a provocação.

[40] TAVARES, André Ramos. Ob. cit. p, 372.

[41] Súmula vinculante nº 2: “É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias”.

[42] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p, 360-361.

[43] Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso assenta que: “bem vistas as coisas, a inserção (*rectius*, ampliação) da eficácia vinculativa das Súmulas no ambiente jurídico-constitucional aparecia como *mais um* temperamento ao princípio da separação dos Poderes, se é que caberia ainda hoje qualificá-lo como princípio, tantas são as ocorrências que o excepcionam. Ou, por outras palavras, vista a separação dos Poderes não como um dogma ou cláusula pétrea, mas como uma diretriz de cunho operacional, ela seria permeável às inovações que o envolver da sociedade civil e o surgimento de novas necessidades vão exigindo, como ora acontece com a notória insatisfação quanto

à distribuição da Justiça em nosso país, e o conseqüente justo reclamo por uma resposta judiciária de boa qualidade, a saber, *justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível*. Ob. cit. p, 101.

[44] STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p, 191.

[45] Outras formas de inconstitucionalidade na edição de súmulas vinculantes são: desrespeito ao quorum de 2/3 para a aprovação ou a inexistência de divergência sobre a aplicação da norma nas instâncias inferiores, capaz de gerar insegurança jurídica ou relevante multiplicação de processos.

[46] TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante – estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009. p, 113-114.

[47] Súmula vinculante nº 13: “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”.

[48] ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC ADC 12 e RE 579951.

[49] Admitindo esse cabimento: STRECK, Lenio Luiz. Ob. cit. p, 200; CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: Didier Júnior, Fredie. *Ações Constitucionais* (org.). 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p, 520-521.

[50] Art. 49. XI: “É competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI- zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes.”

[51] ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Paz e Terra, São Paulo: 1991. p, 339.

[52] Os referidos autores citam entrevista concedida por Francisco Campos, autor da Carta, na qual ele sustenta, tendo em vista o transcurso de tal prazo sem a convocação do plebiscito, que a Carta de 1937 não tinha mais vigência constitucional, em 1945. São essas as palavras dele: “ Ora, o artigo 80 declara: o período presidencial será de seis anos. Resulta, pois, claramente, da combinação dos dois artigos: o primeiro, de que o mandato do Presidente começa a correr da data da Constituição; o segundo, que esse período não poderia exceder de seis anos. Estabelecendo o artigo 175 que o Presidente só termina esse período de seis anos se o plebiscito fosse favorável à Constituição, o plebiscito deveria realizar-se, impreterivelmente, dentro de seis anos a que se refere o artigo 80. Não se tendo realizado o plebiscito dentro do prazo estipulado pela própria Constituição, a vigência desta, que antes da realização do plebiscito seria de caráter provisório, só se tornaria definitiva mediante aprovação plebiscitária, tornou-se inexistente”. ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. Ob. cit. p, 331-332.

[53]“Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

[54]MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p, 170.