

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**  
**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**LORENA PAIVA DE OLIVEIRA**

**A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES A PARTIR DE PRECEDENTES DO  
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

**BRASÍLIA,**

**DEZEMBRO 2015.**

**LORENA PAIVA DE OLIVEIRA**

**A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES A PARTIR DE PRECEDENTES DO  
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II da graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis.

**BRASÍLIA,**

**DEZEMBRO 2015.**

**LORENA PAIVA DE OLIVEIRA**

**A CRIAÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES A PARTIR DE PRECEDENTES DO  
CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II da graduação em Direito da Escola de Direito de Brasília – EDB.

Brasília, 15 de dezembro de 2015.

---

Prof. Dr. Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos  
Reis (EDB/IDP).  
Professor Orientador.

---

Prof. Dr. Leonardo Estrela Borges (EDB/IDP).  
Membro da Banca Examinadora.

---

Profa. Pós-Dra. Júlia Maurmann Ximenes  
(EDB/IDP).  
Membro do CEPES.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço imensamente a todos que me acompanharam nessa trajetória, ao meu orientador, a todos os professores e profissionais que me auxiliaram na compreensão do ordenamento jurídico. Em especial, agradeço a quem me assistiu de perto, com o suporte moral, a minha família querida e colegas de curso, vocês foram fundamentais nesse processo. Obrigada a todos.

## RESUMO

Nesse trabalho se analisa a possibilidade de criação de Súmulas Vinculantes tendo como precedentes ações do controle concentrado de constitucionalidade. As referidas súmulas visam conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio de um enunciado abstrato e imperativo. No entanto, as decisões do controle concentrado já são dotadas dos efeitos mencionados, o que poderia impedir a criação do enunciado. Logo, será desenvolvido como problema o seguinte questionamento: em que medida o STF legislou ao criar Súmulas Vinculantes a partir de precedentes do controle abstrato? Na hipótese, se toma como válida a premissa de que esse órgão teria legislado. No entanto, ao final, com a análise mais aprofundada do caso, é possível concluir que há validade na prática de tais atos pelo Supremo Tribunal Federal. Isso se dá, pois não existem óbices legais para tanto, e porque os novos elementos doutrinários, em especial, a Teoria da Abstrativização do Controle Difuso, respaldam esse tipo de medida.

Palavras-chave: Súmula Vinculante. Controle concentrado de constitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. Efeito vinculante. Teoria da Abstrativização do Controle Difuso.

## ABSTRACT

In this paper we analyze the possibility of creating binding precedents having as previous actions of the concentrated control of constitutionality. These overviews are intended to confer *erga omnes* effectiveness and binding effect to the decision of the Supreme Court, through an abstract and imperative statement. However, the concentrated control of the decisions are already equipped with the effects mentioned, which could prevent the creation of the statement. Soon, it will be developed as a problem the following question: to what extent the Supreme Court has legislated to create binding precedents from previous abstract control? In the hypothesis, was taken as valid the assumption that this Court would have legislated. However, at the end, with the further consideration of the case, we conclude that there is validity in practice of such acts by the Supreme Court. This happens because there are no legal obstacles to do so, and because the new doctrinal elements, in particular the Theory of *Abstrativização* of Diffuse Control, They support such measures.

Keywords: Binding precedent. Concentrated control of constitutionality. Diffuse Control of constitutionality. *Erga omnes* effectiveness. Binding effect. Theory of *Abstrativização* of Diffuse Control.

## Sumário

<b>Introdução</b> .....	<b>8</b>
<b>I. O Instituto da Súmula Vinculante e a Previsão Legal Quanto ao Modo de Seleção de Seus Precedentes</b> .....	<b>13</b>
<b>II. A Utilização de Decisões do Controle Difuso de Constitucionalidade como Precedentes para a Criação de Súmulas Vinculantes</b> .....	<b>20</b>
<b>III. A Utilização de Decisões do Controle Concentrado de Constitucionalidade como Precedentes para a Criação de Súmulas Vinculantes</b> .....	<b>25</b>
III. 1. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 2 .....	27
III. 2. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 13.....	29
III. 3. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 28.....	31
III. 4. Desfecho dos Casos Apresentados.....	32
<b>IV. Análise da Seleção de Precedentes à Luz da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso</b> .....	<b>37</b>
<b>Conclusões</b> .....	<b>46</b>
<b>Referências Bibliográficas</b> .....	<b>50</b>

## Introdução

O tema desse Trabalho de Conclusão de Curso foi escolhido após o estudo da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12<sup>1</sup> em sala de aula, e surgiu com o interesse em analisar os critérios que o Supremo Tribunal Federal adota para a seleção dos precedentes para a criação das Súmulas Vinculantes.

Em específico, se é possível criar um enunciado a partir de decisão oriunda de ação do controle concentrado de constitucionalidade<sup>2</sup>. Esse é justamente o tema delimitado nesse estudo. Como problema, se analisou em que medida poderia o STF ter legislado ao criar enunciados oriundos de precedentes do controle concentrado.

Na hipótese, se estabeleceu como válida a premissa de que o Supremo Tribunal Federal teria legislado, o que não foi confirmado ao final do trabalho. E por fim, no marco teórico, tem-se como institutos fundamentais para serem abordados, a Súmula Vinculante, os controles difuso<sup>3</sup> e concentrado de constitucionalidade, a eficácia *erga omnes*<sup>4</sup> e o efeito vinculante<sup>5</sup>.

Conforme será desenvolvido, o julgamento da ADC nº 12 serviu de precedente, assim como outras ações do controle concentrado e difuso, para a

---

<sup>1</sup> Trata-se de ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros requerendo a solução da controvérsia judicial acerca da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ, que trata da prática do nepotismo. <sup>00</sup>que aquele órgão possui competência para editar normas de caráter primário, com as mesmas características de generalidade, impessoalidade e abstratividade que possuem as leis ordinárias. Diário de Justiça Eletrônico 18/12/09.

<sup>2</sup> É um dos sistemas de controle de constitucionalidade adotados pelo Brasil. Surgiu por influências Europeias, do Direito Romano-germânico, e permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações propostas diretamente na Corte Maior, pelas figuras legitimadas para tanto.

<sup>3</sup> O sistema difuso de controle de constitucionalidade convive com o concentrado, pois o Brasil adota estrutura mista de controle. O sistema difuso surgiu nos Estados Unidos e foi adotado por influência do *common law*. Ele permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações com trâmite comum, que chegam à Suprema Corte por meio de recursos. Esses pedidos são analisados pelos Ministros em critérios de admissibilidade e mérito, e podem ser propostos por quaisquer das partes envolvidas na lide.

<sup>4</sup> Traduz-se no termo: eficácia contra todos. Trata-se de mecanismo que confere abstratividade às decisões ou enunciados criados pelo STF, ou seja, são preceitos gerais, oponíveis a qualquer um.

<sup>5</sup> O efeito vinculante possibilita a sujeição de outros casos às mesmas regras estipuladas pelo STF no enunciado criado ou na decisão estabelecida em controle de constitucionalidade.



criação da Súmula Vinculante nº 13<sup>6</sup>. A utilização de uma decisão do controle concentrado de constitucionalidade como precedente para a criação do referido enunciado foi que motivou a escolha da súmula para estudo no presente trabalho.

Também serão objetos desse estudo, com maior profundidade, as Súmulas Vinculantes nº 2<sup>7</sup> e 28<sup>8</sup>. A escolha desses dois enunciados se deu em razão de terem eles sido criados exclusivamente em decorrência de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira súmula foi criada a partir da utilização de seis Ações Diretas de Inconstitucionalidades como precedentes. E a segunda, a partir de apenas uma ADI como precedente. Assim, se investiga as razões que levaram o STF a criar tais enunciados a partir de ações do controle concentrado.

Note que nesses casos a Corte Constitucional se utilizou de uma decisão já dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para criar um precedente com os mesmos efeitos, do que se poderia deduzir, que houve excesso na atuação do STF, já que não se observa a necessidade de conferir a uma decisão os mesmos efeitos que anteriormente tinha. No entanto, essa conclusão não pode ser feita de modo tão simples.

Desse julgamento, e de outros que serão abordados no presente trabalho, decorrem análises mais minuciosas. Dentre elas entender se a Súmula Vinculante só deve ser criada a partir de precedentes do controle difuso ou se a Constituição Federal e as Leis também autorizam o uso de precedentes do controle concentrado.

Nesse sentido, também é pertinente analisar se o enunciado criado,

---

<sup>6</sup> Súmula Vinculante 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.

<sup>7</sup> Súmula Vinculante 2: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

<sup>8</sup> Súmula Vinculante 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

cujo conteúdo é obrigatoriamente de matéria constitucional, deverá versar somente sobre a controvérsia do decisório, vinculando o resultado do julgamento, ou se deverá dispor acerca dos motivos determinantes da decisão, extrapolando assim os limites da parte dispositiva do acórdão.

Munido dessa análise, pode-se observar a atuação do STF e os limites de sua atividade jurisdicional, sob o prisma de que, em referência a John G. Roberts Jr<sup>9</sup>, em obra de Luís Roberto Barroso<sup>10</sup>, “o papel do juiz é como o do árbitro desportivo, não cabe a ele definir as regras do jogo, mas apenas assegurar que todos a cumpram e respeitem”.

Ainda, essa pesquisa se torna mais relevante se considerarmos que as Súmulas Vinculantes são utilizadas com o caráter impeditivo de recursos<sup>11</sup>, e tornam definitivos os entendimentos firmados pelo STF, obstando assim, o ingresso de novas ações suscitando discussões em sentido contrário ao disposto no enunciado.

A atualidade da pesquisa também se revela evidente, tendo em vista que nos últimos meses cresceram os números de Súmulas Vinculantes aprovadas pelo STF, o que evidencia a necessidade de investigar melhor a atuação dessa Corte.

Apenas entre março e junho de 2015 foram aprovadas 16 Súmulas Vinculantes, aumentando de 37 para 53 enunciados. O número súmulas cresceu na proporção de quase metade dos enunciados que anteriormente existiam.

Em consulta ao *site* do STF<sup>12</sup>, é possível ter acesso a todos os enunciados criados, bem como às decisões que levaram à sua edição e as

---

<sup>9</sup> John G. Roberts Jr é Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana. Biografia completa (em inglês) no *site*: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/judicialnominees/roberts.html>. Acesso em 23/06/15.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 383.

<sup>11</sup> Conforme ficou assentado pelo Plenário do STF durante a aprovação da Súmula Vinculante 11, que será melhor analisada. *In*: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94536>. Acesso em 08/08/15.

<sup>12</sup> *In*: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>. Acesso em 17/07/15.

discussões acerca do caso. E assim demonstrar, por pesquisa, como são selecionados os precedentes, e de que modo eles variam entre decisões do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Na pesquisa, se observa que, dos 53 enunciados, 40 só utilizam decisões do controle difuso como fundamento: a de número 1, de 3 a 6, de 8 a 12, de 14 a 20, de 22 a 27, a 31, de 33 a 37, a 40, a 41, a 44, a 45 e de 47 a 53.

Dez dos enunciados mesclam seus precedentes entre decisões dos controles difuso e concentrado, são elas as Súmulas Vinculantes nº 7, 13, 21, 29, 32, 38, 39, 42, 43 e 46. E, duas foram criadas somente em decorrência de Ações Diretas de Inconstitucionalidade: as súmulas de nº 2 e 28, que serão abordadas com mais detalhes nos próximos capítulos.

Somente para fins de conclusão da contagem, cumpre ressaltar que uma das 53 súmulas ainda não foi publicada, a de número 30, cuja proposta é do ano de 2009.

Inicia-se a tarefa elaborando uma reflexão acerca do instituto da Súmula Vinculante, conceituando os termos que são fundamentais para o desenvolvimento do presente trabalho.

Nesse ponto, se parte do entendimento já consolidado de que as súmulas são sucedâneos normativos ao *stare decisis*<sup>13</sup>, instituto presente nas decisões controle de constitucionalidade Americanas que não foi incorporado ao modelo brasileiro.

Se revelou importante, inclusive, comparar o instituto das Súmulas Vinculantes com o da Suspensão de Leis pelo Senado Federal, previsto no texto constitucional, em razão de suas similitudes.

Logo após, é realizado um panorama acerca do uso de cada tipo de decisão utilizada como precedente, com estudos de algumas súmulas, em específico.

---

<sup>13</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Controle de constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais, 2012, vol. 920. p. 133-149.

É essencial à análise a forma como se dá a seleção de precedentes do controle difuso, e em que quantidade esse tipo de decisões são usadas como precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes.

Ao final dessa pesquisa pretende-se analisar, à luz da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso<sup>14</sup>, elucidada pelo Min. Gilmar Mendes em voto proferido na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC<sup>15</sup>, de sua relatoria, os mecanismos de seleção de precedentes, no contexto do presente trabalho.

Assim, somente ao final será realizada a conclusão sobre a forma como o STF tem se portado ao decidir questões tão complexas, tomando como base todos os elementos abordados na pesquisa.

A grande reflexão gira em torno da tentativa de compreender objetivamente as decisões da Suprema Corte, como uma forma de alcançar as premissas que tomam os Magistrados como base para solucionar grandes controvérsias.

---

<sup>14</sup> ALENCAR, Ildegard Hevelyn de Oliveira. *Abstrativização do controle difuso: uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC*. Brasília: IDP/EDB, 2012. 63f – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

<sup>15</sup> Trata-se de Reclamação ajuizada pela Defensoria Pública do Acre contra decisão do Juízo da Execução Penal desse estado que negara progressão de regime a diversos reeducandos que cumpriam reprimendas corpóreas pelo cometimento de crimes hediondos. A Reclamação estava fundada em um *habeas corpus* julgado pelo STF, no qual se declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos, dispositivo que negava o direito de progressão aos crimes previstos na Lei. O cerne da controvérsia era saber se a decisão do STF no mencionado *writ* possuía ou não eficácia *erga omnes*, pois isso faria com que vinculasse ou não partes na Reclamação. Por maioria, os ministros entenderam que a análise da inconstitucionalidade do artigo no caso concreto se deu de forma abstrata e que vincularia, portanto, toda a coletividade. DJE 21/10/14.

## I. O Instituto da Súmula Vinculante e a Previsão Legal Quanto ao Modo de Seleção de Seus Precedentes

A Súmula Vinculante está prevista no art. 103-A da Constituição Federal<sup>16</sup> e na Lei nº 11.417/06, que regulamenta aquele artigo da Lei Maior, e é um mecanismo do qual o Supremo Tribunal Federal poderá se dispor para vincular seus julgados, em razão de controvérsias suscitadas em precedentes.

A Súmula Vinculante foi criada pela Emenda Constitucional nº 45/04, que implementou a Reforma Política. Nessa reforma, o principal fator para aprimoramento do Judiciário foi a busca por celeridade.

Maria Olívia Pessoni Junqueira<sup>17</sup> afirma que “A súmula vinculante surgiu, portanto, como uma resposta possível para a sobrecarga dos tribunais superiores e para a uniformização da jurisprudência”.

E Wanessa Cerqueira<sup>18</sup> acrescenta:

O objetivo do instituto é definir a validade, a interpretação e a eficácia de preceitos legais determinados, sobre os quais exista controvérsia real entre os órgãos judiciais, ou entre estes e a Administração Pública. A controvérsia, entretanto, deve ter o condão de causar grave insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre uma questão idêntica.

Observa-se, portanto, o claro intuito de conferir maior celeridade aos julgamentos, pela formação de precedentes que obstarão o ingresso de demandas repetitivas.

Esse instituto obsta que a discussão seja novamente submetida ao

---

<sup>16</sup> Art. 103-A da CF: 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>17</sup> PESSONI JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da Súmula Vinculante pelo STF: Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. In: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=149](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=149). p. 19.

<sup>18</sup> CERQUEIRA, Wanessa Gabrielle Maia. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – cenário atual do controle difuso de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro*. Brasília: IDP/EDB, 2014. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 29.

STF. Do contrário, a reanálise somente ocorreria nos casos de alteração das circunstâncias fáticas ou concepções jurídicas dominantes.

Nesse sentido, ressalta-se o disposto no art. 557, § 1º-A do Código de Processo Civil de 1973<sup>19</sup>, acrescentado pela Lei n. 9.756, de 1998, que autoriza o “relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”.

As Súmulas Vinculantes conferem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à determinação contida em seu enunciado. A eficácia *erga omnes* é decorrência do processo objetivo, que não possui partes nem litígio.

Esse atributo só possui razão de ser nesses processos, nos quais se discute a lei em tese, pois interessam a todos. Nos demais processos, não faria sentido ampliar a decisão para terceiros não ligados à lide.

Já o efeito vinculante é o elemento que dá causa à propositura da Reclamação Constitucional. Ele está intimamente ligado ao papel institucional da Suprema Corte e à natureza da jurisdição constitucional, qual seja a de zelar pelo cumprimento da ordem constitucional.

Tendo em vista essa premissa, defende o Min. Gilmar Mendes<sup>20</sup> que o efeito vinculante poderia ser estendido “a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte”.

A diferença entre os institutos reside na parte da decisão que se torna vinculante. Enquanto a eficácia *erga omnes* torna obrigatória a observância somente do dispositivo da decisão, o efeito vinculante o estende também à fundamentação.

---

<sup>19</sup> Art. 557 do CPC: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998). § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 500.

O objetivo da Súmula Vinculante é conferir autoridade ao entendimento fixado, pacificando-o nos demais órgãos do Poder Judiciário e em toda a Administração Pública (direta e indireta), nas esferas Federal, Estadual e Municipal.

Somente quanto ao Poder Legislativo, as súmulas não imporão sua autoridade, mas não quanto às funções atípicas do órgão, como a administrativa, e sim quanto à sua função típica, a legiferante,

Isso se dá, pois o processo de criação de leis é um exercício democrático, que perpassa as condições momentâneas da sociedade. Assim, impedir que uma lei suprima a validade de uma súmula é impedir que o povo, por meio de seus representantes, não possa atuar de forma livre. Seria um ataque direto à Separação dos Poderes.

Assim, o instituto é um elemento de abstrativização das decisões concretas. Ela transpõe os efeitos das decisões do controle difuso para o concentrado, criando um enunciado que seja suficientemente abstrato para valer para todos, ou seja, para possuir eficácia *erga omnes*.

O Brasil não incorporou o modelo de controle de constitucionalidade Norte-americano em sua totalidade, o *stare decisis* não foi incluído no nosso sistema. Por meio desse elemento, a Suprema Corte dos Estados Unidos torna as suas decisões vinculantes a todo o Judiciário.

O termo, em latim, advém da sentença *stare decisis et non quieta movere*, que se traduz em “continuar com as coisas decididas e não mover as ‘coisas quietas’”<sup>21</sup>, e está fortemente arraigada no *common law*, em razão da importância dos precedentes para esse sistema.

Logo, é possível concluir que a Súmula Vinculante aproxima o *common law* do *civil law*, pois confere às decisões do modelo romano-germânico o

---

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 33.

mesmo efeito que o *stare decisis* emprega às decisões do modelo anglo-saxão<sup>22</sup>.

Impende ressaltar que o *stare decisis* é distinto da Doutrina dos Precedentes<sup>23</sup> do *common law*, e surgiu após ela. Aquele é um instituto que garante a vinculação de um único *decisum* aos demais casos semelhantes, enquanto que este está mais ligado ao costume dos julgadores anglo-saxões em aplicar uma linha de casos.

Cappelletti<sup>24</sup> enumerou os inconvenientes advindos da não incorporação do instituto ao direito brasileiro. Em síntese, seriam dois: as divergências de entendimento entre as instâncias ordinárias e a extraordinária e a necessidade de que cada pessoa, singularmente, requeira a tutela judicial em um caso idêntico ao já litigado por outrem. Observa o doutrinador que essas incongruências poderiam ser evitadas, como ocorreu em outros países.

Com o intuito de sanar esses inconvenientes, o legislador formulou construções jurídicas que funcionam como sucedâneos<sup>25</sup> ao *stare decisis*, são tentativas de solucionar os problemas advindos da não inclusão desse elemento no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Dentre elas, podemos citar a repercussão geral, versão do *writ of certiorari* Norte-americano (juízo de discricionariedade utilizado pela Suprema Corte para selecionar os casos que serão julgados), a suspensão da execução das leis pelo Senado Federal (art. 52, X da CF<sup>26</sup>) e as próprias Súmulas Vinculantes.

Por meio da utilização dos mencionados sucedâneos, o STF tem alterado o caráter subjetivo das suas decisões no controle difuso para o caráter objetivo, de modo a abstrativizar seus julgamentos e torná-los vinculantes a todos.

No entanto, a criação de uma diversidade de mecanismos que

---

<sup>22</sup> TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 24.

<sup>23</sup> STRECK, op. cit., p. 39-45. p. 117-124.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 76-80.

<sup>25</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. loc. cit.

<sup>26</sup> Art. 52 da CF: 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.



conferem eficácia ampla aos julgados da Suprema Corte, acaba por trazer choques entre os institutos.

Nesse sentido, o advento da Súmula Vinculante acabou por reduzir utilização da suspensão de leis pelo Senado Federal, prevista no art. 52, X da CF, pois o próprio STF poderá atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante ao enunciado, sem a necessidade de submeter sua vontade a outro órgão.

Entretanto, o efeito que cada instituto produz é diverso. Enquanto a Súmula Vinculante transpõe dos precedentes um enunciado que orienta uma forma de interpretar os dispositivos de lei, a Resolução criada pelo Senado Federal tem o poder de suspender a eficácia da lei. Este é, portanto, mecanismo mais forte de mudança de entendimento, que incide no processo legislativo.

As grandes mudanças advindas do fenômeno da abstrativização das decisões revelaram uma mutação constitucional em curso, na qual os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade se aproximariam, conforme manifestado recentemente pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação nº 4335/AC.

Antes de passar à análise legal, é importante estabelecer o conceito de controle concentrado e difuso de constitucionalidade. O Brasil adotou estrutura mista de controle de constitucionalidade, o que significa que as leis podem ser analisadas, quanto à sua adequação com as normas constitucionais, tanto pelo sistema difuso, quanto pelo concentrado.

O primeiro deles surgiu nos Estados Unidos e foi adotado por influência do *common law*. Ele permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das leis a partir de ações com trâmite comum, que chegam à Suprema Corte por meio de recursos. Esses pedidos são analisados pelos Ministros em critérios de admissibilidade e mérito, e podem ser propostos por quaisquer das partes envolvidas na lide.

Já o segundo, surgiu por influências Europeias, do Direito Romano-germânico, e permite que seja realizada a análise acerca da constitucionalidade das

leis a partir de ações propostas diretamente na Corte Maior, pelas figuras legitimadas para tanto.

Passando à análise legal, conforme similar redação dos dispositivos que regulamentam a Súmula Vinculante (art. 103-A da CF e art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.417/06<sup>27</sup>), o STF poderá editar, revisar ou cancelar súmula “de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional” e esta “terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

São, portanto, requisitos cumulativos para a edição de Súmulas Vinculantes, por força do disposto no art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.417/06, conforme ensinamento de André Ramos Tavares<sup>28</sup>:

(i) [...] *reiteradas decisões* (idênticas); (ii) sobre normas acerca das quais haja *controvérsia atual* entre órgãos judiciários (não intra-STF, portanto) ou entre estes e a Administração; (iii) desde que essa situação acarrete grave *insegurança* jurídica e, concomitantemente; (iv) redunde em *multiplicação* de processos idênticos (quanto à matéria), causando um aumento desnecessário do volume de processos na Justiça.

E ainda:

Para os casos de processo de edição de súmula vinculante deflagrado por Município: (v) haver processo (judicial) em curso no qual o Município seja parte e discuta, incidentalmente, o tema que será objeto principal do processo de súmula vinculante.

Além do exposto, é obrigatório que súmula verse acerca de matéria constitucional. Mesmo que o enunciado tenha como objeto norma federal, estadual, municipal ou distrital, não pode tratar exclusivamente sobre o direito infraconstitucional.

<sup>27</sup> Art. 2º da Lei 11.417/06: 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.

<sup>28</sup> TAVARES, op. cit., p. 33.

Depreende-se do afirmado pelo autor no item “ii”, que para comprovar a controvérsia entre órgãos do Judiciário não é necessário que sejam utilizados precedentes obrigatoriamente do controle difuso de constitucionalidade, pois também Ações Declaratórias de Constitucionalidade cumprem essa função.

É necessária para a propositura das ADC's a demonstração da “controvérsia judicial relevante” entre os Tribunais, conforme dispõe o art. 14, III da Lei 9.868/99<sup>29</sup>. Assim, o cumprimento desse requisito legal de admissibilidade também pode ser visto como um fator favorável para o uso dessas ações como precedentes.

No entanto, não existe semelhante exigência para as demais ações do controle concentrado. Assim, apenas por uma análise legal, não é possível inferir que por meio dessas ações possa ser demonstrada a controvérsia atual entre órgãos do Judiciário acerca da matéria objeto da Súmula Vinculante.

Ainda assim, desde a edição da Súmula Vinculante nº 2, o STF tem utilizado ações do controle concentrado de constitucionalidade como precedentes para a criação de alguns enunciados. Em casos como o da súmula 28, somente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi utilizada como fundamento. Assim, os julgados revelam que a Corte não se opõe ao uso desses tipos de precedentes.

Conclui-se, portanto, que a Constituição e a Lei não criam óbices para o uso de decisões do controle concentrado de constitucionalidade como precedentes para a edição de Súmulas Vinculantes, nem os distinguem dos precedentes do controle difuso. No mesmo sentido entende o STF, conforme se observa em suas decisões e como foi demonstrado na pesquisa sobre o uso de precedentes.

---

<sup>29</sup> Art. 14 da Lei 9.868/99: A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

## II. A Utilização de Decisões do Controle Difuso de Constitucionalidade como Precedentes para a Criação de Súmulas Vinculantes

A utilização de precedentes do controle difuso de constitucionalidade para a edição de Súmulas Vinculantes é a escolha mais evidente, pois por meio deles se cumpre o requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” previsto na Constituição (art. 103-A) e na Lei nº 11.417/06 (art. 2º), e se confere a uma decisão do caso concreto a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que antes não possuía.

Ademais, o procedimento que conduz à criação do enunciado é objeto de maior discussão, por terem sido as ações do controle difuso alvo de intenso debate pelas partes e por todas as autoridades envolvidas em cada um dos processos utilizados como precedentes.

Assim, a matéria é polemizada em todas as instâncias do Judiciário, e ainda, no processo de criação da Súmula Vinculante, diferentemente do que ocorre no controle concentrado, onde o local de debate é bem mais restrito.

Todavia, conforme pode ser observado pelo enunciado de Súmula Vinculante 53<sup>30</sup>, somente um precedente, o Recurso Extraordinário 569.056<sup>31</sup>, foi utilizado para a sua edição. No caso, não ficou demonstrada a ocorrência de “reiteradas decisões”.

Já numa decisão do controle concentrado, cuja ação foi proposta pelas figuras legitimadas do art. 103 da CF<sup>32</sup>, somente participam do debate aqueles

---

<sup>30</sup> Súmula Vinculante 53: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados.

<sup>31</sup> Trata-se de recurso interposto pelo INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) suscitando controvérsia relativa ao alcance do art. 114, VIII da CF, que dispõe: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Coube ao STF decidir se a execução de ofício das contribuições sociais era devida apenas quanto ao determinado em condenação ou acordo judicial, ou se poderia ser estendida ao período de relação de emprego.

<sup>32</sup> Art. 103 da CF: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de

que atuam diretamente junto ao STF. Isso não comprova com a mesma propriedade daquela demonstrada pelo uso de precedentes do controle difuso, o intenso debate acerca do caso, nem mesmo a existência de reiteradas decisões no mesmo sentido.

Ainda, a forma como a decisão que gerou o precedente pode ter sido aprovada, por exemplo, em maioria, talvez não revele um posicionamento sólido para a edição de um enunciado, pois um ou alguns Ministros do STF que contribuíram para a construção jurisprudencial podem acabar por não participar do julgamento da Proposta de Súmula Vinculante, por terem se aposentado, tiverem sido afastados, etc.

Outro problema, que ultrapassa a esfera da edição de Súmulas Vinculantes, está em questionar a obrigatoriedade da vinculação da parte dispositiva da decisão, e não a fundamentação.

De acordo com a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes<sup>33</sup>, encabeçada pelo Min. Gilmar Mendes, a fundamentação das decisões também deveria ser vinculante, não somente seu dispositivo, mas a teoria ainda não encontrou adesão, nem gerou mudanças legais.

No *common law* dos Estados Unidos da América, essa teoria também não é aceita, assim, o *holding* de uma decisão seria como para nós é o dispositivo, aquilo que vincula, e se distingue do *dictum*, que deve ser desconsiderado para efeitos de vinculação de precedentes<sup>34</sup>.

---

Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) 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.

<sup>33</sup> No julgamento da Reclamação Constitucional 11.477, em 2012, a Primeira Turma do STF reforçou o entendimento de que a teoria não é aceita pela Corte. No caso, o Prefeito de uma cidade no interior do Ceará alegou descumprimento do decidido pelo STF nas ADI's 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, nas quais ficou assentado que as contas dos Prefeitos não são julgadas pelo Tribunal de Contas, mas sim pela Câmara Municipal. Entretanto, no julgamento da Reclamação a Primeira Turma asseverou que a fundamentação das decisões em ADI não vinculam os demais jurisdicionados, mas apenas a parte dispositiva, que no caso não era relativa ao Prefeito em questão. Ainda que se tratassem de ações do controle concentrado, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, portanto, não se tornariam obrigatórias para as partes não envolvidas na controvérsia.

<sup>34</sup> STRECK, op. cit., p. 39-45.

Nesse sentido, em análise da Súmula Vinculante 11<sup>35</sup>, pode-se observar que no julgamento do *habeas corpus* nº 91.952/SP<sup>36</sup>, utilizado como precedente para a edição do enunciado, o Plenário do STF anulou uma condenação do Júri por entender que a imposição do uso de algemas pelo indiciado não esteve fundamentada no risco que o réu supostamente oferecia e contribuiu para a sua condenação.

No caso, a determinação contida no enunciado de súmula é mais abrangente que o próprio dispositivo da decisão do STF no *habeas corpus* utilizado como precedente, pois não se restringiu à audiência do Júri, conforme ficou assentado no julgamento.

O enunciado criado estendeu a necessidade de fundamentação para imposição do uso de algemas para todos os tipos de audiência, não apenas as do Tribunal do Júri.

André Ramos Travares<sup>37</sup> corrobora a crítica apresentada, e reprova atuação do STF nesse julgamento, pois entende que esse órgão extrapolou sua competência constitucional ao criar texto excedente ao julgado utilizado como precedente, e ainda, sem cumprir com o requisito de reiteradas decisões no mesmo sentido.

Dessa forma, se ainda não houve uma adesão à Teoria da Transcendência Motivos Determinantes, é mais lógica a criação de um enunciado que obedeça a determinação contida nas partes dispositivas das decisões que lhe servem como precedentes, já que essas são as formulações vinculantes.

Em crítica ao tratamento processual dispensado para a edição de

---

<sup>35</sup> Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

<sup>36</sup> Trata-se de *habeas corpus* no qual o Tribunal, por unanimidade, anulou a condenação do paciente em razão de ele ter permanecido algemado durante todo o seu julgamento, realizado pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista/SP, sem fosse apresentada uma justificativa convincente para tal medida.

<sup>37</sup> TAVARES, op. cit., p. 158.

Súmulas Vinculantes, André Ramos Tavares<sup>38</sup> argumenta que:

[...] o STF tem insistido na informalidade do manejo das súmulas vinculantes, criando novas súmulas sem uma discussão envolvente de todas as nuances e particularidades que os temas exigem, dispensando pouca atenção à formula redacional final e suas possíveis consequências, bem como à questão temporal da aplicação das súmulas.

[...] Esse baixo compromisso com a questão processual revela-se, ainda, pelo teor e alcance da resolução 388/2008, da Presidência do Supremo Tribunal Federal, que passou a disciplinar o trâmite da PSV, e cuja aplicação prática levantará uma série de dificuldades para aplicá-la em se desviar dos preceitos legais e constitucionais.

É possível observar que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no manejo com as Súmulas Vinculantes, está sujeita a diversas censuras, pela forma como as edita e modifica.

Nesse sentido, há reprovação, inclusive, quanto à coerência do instituto em si, pois é criado e aplicado pelo mesmo órgão. Ao mesmo tempo em que o STF impõe o cumprimento de uma determinação judicial, também aplica seu próprio entendimento.

Lenio Luiz Streck<sup>39</sup> expõe que as súmulas revelam, em si, um verdadeiro contrassenso jurídico:

[...] Talvez por isso as súmulas vinculantes representem uma contradição do sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação das Súmulas Vinculantes. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei [...].

É notório o paradoxo existente. A justificativa poderia ser encontrada na finalidade do instituto, que foi criado para conferir celeridade aos julgamentos no STF.

Conforme foi tratado, as referidas súmulas foram criadas com a Reforma Política trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04, que buscava dar celeridade ao Judiciário. Assim, é possível constatar que estas visam diminuir as

---

<sup>38</sup> Id, p. 113.

<sup>39</sup> STRECK, op. cit., p. 68-70.

demandas processuais.

No entanto, existe quem defenda que essa motivação não é suficiente para fazer com que um mesmo órgão aplique um entendimento por ele fixado, pois violaria o Princípio da Separação dos Poderes.



### III. A Utilização de Decisões do Controle Concentrado de Constitucionalidade como Precedente para a Criação de Súmulas Vinculantes

Conforme trabalhado nos capítulos anteriores, ainda que num primeiro momento não seja identificado o sentido e a coerência, as decisões do controle concentrado são utilizadas como precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes.

Essa incongruência suscitada tem como premissa o fato de que as decisões do controle concentrado já possuem a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que se pretende dar com a edição do enunciado, conforme o disposto nos arts. 102, § 2º da CF<sup>40</sup> e 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99<sup>41</sup>.

Além disso, outro contraste está na vulnerabilidade que o precedente do controle concentrado causa, em oposição ao do controle difuso, que, em regra, pode ser mais estável.

O rol dos legitimados do art. 103 da CF taxa as figuras que participarão da discussão, no STF, acerca da questão constitucional. São, portanto, limitadas. Assim como aquelas que podem propor a criação de Súmulas Vinculantes. Todavia, estas estão em maior número que aquelas, o que dá maior possibilidade de alteração do enunciado criado.

Conforme dispõe o art. 3º, incisos I a XI e § 1º da Lei 11.417/06 <sup>42</sup>,

---

<sup>40</sup> Art. 102, § 2º da CF: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>41</sup> Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

<sup>42</sup> Art. 3º da Lei 11.417/06: São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII - partido político com representação no Congresso Nacional; VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais

podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante quaisquer dos legitimados do art. 103 da CF<sup>43</sup> para propor ações do controle concentrado, acrescidos a esse rol o Defensor Público-Geral da União, os Tribunais Superiores e os de segunda instância da justiça comum, federal e especializada, e os Municípios, de forma incidental, nos processos em que for parte.

Desse modo, observa-se pela ampliação do rol de legitimados, que a utilização de ações do controle concentrado como precedentes para a edição de Súmulas Vinculantes diminuiria a segurança jurídica da decisão, pois existem mais autoridades legitimadas para rediscutir a questão.

Além disso, a matéria objeto de discussão perde alguma segurança se for considerado que o número de figuras que detém competência para propor a ação do controle concentrado é menor do que os que propõem a edição e cancelamento da súmula. Assim, alguns dos legitimados que não participaram do processo anterior podem solicitar o cancelamento do enunciado.

Por essa lógica, utilizando um precedente de ações do controle difuso, a vulnerabilidade do enunciado diminui, já que foi objeto de ampla discussão em diversas instâncias e por um espectro muito maior de autoridades, e pode ser rediscutida por um grupo menor de figuras, como um processo de afunilamento.

Além disso, nas decisões do controle difuso não há uma limitação de autoridades que possam discutir a matéria, que não será abordada apenas em um órgão, mas em diversas instâncias do Judiciário.

Ademais, para edição, revisão e cancelamento de Súmulas Vinculantes faz-se necessário o voto favorável de 2/3 dos Ministros, oito deles.

---

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.

<sup>43</sup> Art. 103 da CF: Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) 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.

Já para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quanto difuso, é necessário o voto da maioria absoluta, ou seja, seis julgadores.

Depreende-se, portanto, que, a despeito do modo como foi levada a controvérsia para o STF, a sua conversão em um enunciado de Súmula Vinculante contaria com um filtro maior em seu quórum de aprovação.

Todavia, utilizando no mecanismo de criação de Súmulas Vinculantes as decisões do controle concentrado, o STF emprega maior economia processual e tutela com maior eficácia os direitos envolvidos, pois evita, que se tenha de propor nova ação de controle concentrado toda vez que um ente da federação quiser obter a mesma tutela jurisdicional dada a outro ente, conforme ocorreu na criação das Sumulas Vinculantes 2 e 13, que serão analisadas a seguir.

### **III. 1. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 2**

Trata-se de enunciado editado com base em precedentes exclusivamente do controle concentrado de constitucionalidade, dispondo ser competência privativa da União legislar acerca dos sistemas de consórcios e sorteios, bingos e loterias.

Um dos precedentes da súmula vinculante, a ADI 2.847-2/DF (Diário de Justiça 26/11/04), foi proposta pelo Procurador Geral da República, que suscitou a inconstitucionalidade de quatro Leis Distritais, que regulamentavam acerca das atividades das loterias.

O Procurador acusa a violação aos incisos I e X do art. 22 da CF<sup>44</sup>, esse, por ser de competência privativa da União a disposição acerca de consórcios e sorteios.

---

<sup>44</sup> Art. 22 da CF: Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial.

Alega que o termo “sorteios” está abrangido no conceito de “loterias” que tem como limitador o art. 1º do Decreto-Lei 204/67: “A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei”.

Nesse julgado, o entendimento foi fixado por maioria de votos, no sentido de que o art. 1º do Decreto-Lei 204/67, trata de matéria penal. Assim, não poderia uma lei distrital tratar acerca do tema, nos termos do art. 22, I da CF.

Ademais, ficou assentado que pelo termo “consórcios e sorteios” disposto no art. 22, X da CF, também estavam abarcadas as “loterias”.

Na contramão do entendimento firmado, o Min. Marco Aurélio defendeu que não houve violação ao preceito constitucional, pois a regulamentação das loterias não implica em alteração quanto ao disposto no Decreto acerca da contravenção penal. Também não concordou que o termo “consórcios e sorteios” abrangessem também as loterias.

Houve somente um Ministro, o Sepúlveda Pertence, que se filiou a um dos entendimentos do Min. Marco Aurélio, defendendo que não se trata de norma incriminadora.

Nas demais decisões utilizadas como precedentes para a edição da súmula, ou seja, nas ADI's 3.277/PA (DJ 25/05/07), 2.690/RN (DJ 20/10/06), 3.183/MS (DJ 20/10/06), 2.996/SC (DJ 16/03/07), 3.147/PI (DJE 13/06/14), o debate girou em torno das mesmas divergências.

O enunciado se fez necessário, para o STF, pois as decisões do controle concentrado só declararam a inconstitucionalidade de dispositivos de determinadas leis estaduais e distritais, sem, contudo, vincular os demais estados à exigência.

Assim, pela abstratividade da súmula vinculante foi possível estender a abrangência da decisão e aplicar maior economia processual à tutela

jurisdicional do STF.

### III. 2. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 13

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 foi proposta pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), representada por seu advogado Luís Roberto Barroso, em decorrência da controvérsia judicial relevante acerca da constitucionalidade da Resolução nº 7 de 2005, do CNJ, que trata da prática do nepotismo.

O Relator do caso, o Min. Ayres Britto julgou constitucional a referida Resolução, nos termos do que foi decidido no pedido de medida liminar da ADC.

O entendimento fixado foi de que a Resolução do CNJ, a despeito de não estar listada no rol dos atos normativos abstratos e autônomos do art. 59 da CF<sup>45</sup>, também possui caráter normativo primário, por estar revestida dos mesmos “atributos da generalidade, [...] impessoalidade [...] e abstratividade” de que estão estes atos.

Além disso, o CNJ, ao tratar do nepotismo salvaguarda os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência previstos no art. 37, *caput*, da CF<sup>46</sup> e age nos limites de sua competência descrita no art. 103-B, §4º, da CF<sup>47</sup>.

Também esclarece que não há violação ao Princípio Federativo e da Separação dos Poderes, pois o CNJ, que estabelece comando aos órgãos do

---

<sup>45</sup> Art. 59 da CF: O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

<sup>46</sup> Art. 37 da CF: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

<sup>47</sup> Art. 103-B, §4º, da CF: Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Judiciário, integra a própria estrutura do Judiciário (art. 92, I-A, da CF<sup>48</sup>).

Por fim, em razão do art. 37, V, da CF<sup>49</sup> definir como cargos em comissão os de direção, chefia e assessoramento, e a Resolução só mencionar os de direção e assessoramento, o Ministro dá interpretação conforme ao art. 2º, II, III, IV e V da Resolução para assinalar que o termo “direção” nele contido abarca as funções de chefia.

O Tribunal, por unanimidade julgou constitucional a Resolução. Quanto à interpretação conforme conferida a alguns dispositivos, a maioria a julgou procedente, vencidos somente os Min. Menezes Direito e Marco Aurélio.

Para o Min. Menezes Direito, a interpretação conforme não alteraria a pretensão da Requerente. Assim, a Ação, a seu ver, é totalmente procedente. Neste ponto o Min. Marco Aurélio o acompanhou.

Após o julgamento da ADC, o plenário decidiu editar no próximo dia a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo e o nepotismo cruzado. E ainda, que estipula o terceiro grau de parentesco como critério para auferir a irregularidade. Mais abrangente, portanto, que a Resolução.

Maria Olívia Pessoni Junqueira<sup>50</sup> critica a medida tomada pelo Supremo Tribunal Federal, e alega que esse órgão extrapolou os limites de sua atuação jurisdicional:

Ainda que o STF tenha estabelecido, nos diversos precedentes, que a proibição ao nepotismo decorre diretamente do caput do art. 37 da Constituição Federal, valendo para todos os Poderes, independentemente de norma secundária, entende-se que não havia base material nos precedentes para que se fixasse o parentesco “até terceiro grau” para todos os Poderes. Não havia sequer norma constitucional ou infraconstitucional que o estabelecesse de forma tão abrangente a todos os Poderes.

---

<sup>48</sup> Art. 92 da CF: São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>49</sup> Art. 37, V, da CF: V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

<sup>50</sup> PESSONI JUNQUEIRA, op. cit., p. 51-54.

Assim, os mesmos fundamentos utilizados para a criação de enunciado com base em princípios elencados no texto constitucional, não dão suporte a análises mais criteriosas, como o grau de parentesco.

Deduzir que o nepotismo viola a moralidade administrativa, dentre outros princípios, não significa o mesmo que estabelecer o grau de parentesco para a configuração da ilegalidade, pois isso não emana diretamente do texto constitucional.

### **III. 3. Apontamentos Acerca da Súmula Vinculante 28**

Trata-se de enunciado de matéria tributária, dispondo ser “inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”, editado com base em apenas um precedente, e do controle concentrado de constitucionalidade: a ADI 1.074-3/DF de 2007 (DJ 25/05/07).

Essa ação direta foi proposta pela CNI (Confederação Nacional da Indústria), com o intuito de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 8.870/94<sup>51</sup>, que exigia o depósito prévio da totalidade do INSS, corrigido monetariamente e acrescido de juros, multa de mora e demais encargos, nas ações nas quais se discutisse esse débito, alegando ofensa ao direito de ação e ao contraditório e ampla defesa (art. 5<sup>a</sup>, XXXV e LV da CF<sup>52</sup>).

O Min. Eros Grau, Relator do caso, julgou inconstitucional o referido dispositivo nos termos da decisão do Min. Francisco Resek na liminar dessa ADI,

---

<sup>51</sup> Art. 19 da Lei nº 8.870/94: As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos. (Vide ADIN nº 1.074-3).

<sup>52</sup> Art. 5º da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LV - 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.

sob o fundamento de que o artigo mencionado importa em cerceamento do direito à tutela jurisdicional, em voto sucinto.

E assim, os dez Ministros presentes, por unanimidade, declararam a inconstitucionalidade do dispositivo legal, nos termos do voto do Relator.

Após o julgamento, o Min. Joaquim Barbosa propôs a criação do enunciado de Súmula Vinculante, no Projeto de Súmula Vinculante (PSV) nº 37/10.

Na análise do projeto, o Min. Gilmar Mendes enfatizou que a decisão já era dotada de eficácia *erga omnes*, e que a súmula tornaria vinculante agora, os motivos determinantes da decisão, como ocorreu com a redação mais abrangente da súmula.

Vê-se, portanto, a intenção dos julgadores de tornar determinante parte do julgado, que não estava abrangido pelo dispositivo da decisão.

### **III. 4. Desfecho dos Casos Apresentados**

Nesse capítulo foram verificadas, nas próprias razões expostas nas decisões proferidas pelos Ministros, suas motivações para a criação de Súmulas Vinculantes 2 e 28, apenas com base em decisões do controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto à súmula 13, a motivação para a ampliação das hipóteses de nepotismo e para o modo de auferi-lo não ficou evidenciada nos julgados, que não foram exclusivos de ações do controle concentrado.

No caso da súmula 2, a Corte Especial pretendia imprimir maior celeridade e eficiência aos seus julgados, ampliando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de determinadas leis estaduais e distrital a todos os estados da federação.



Nesse julgamento, é possível observar que se a fundamentação da decisão do STF em ADI fosse vinculante, não seria necessária a edição da súmula, pois os demais estados compreenderiam o óbice abstrativamente imposto, que ficou restrito à parte dispositiva do acórdão.

E na súmula 28, a intenção foi conferir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à fundamentação da decisão, que não estava abarcada na parte dispositiva, conforme afirmado pelo Min. Gilmar Mendes.

Nos dois casos, é possível observar que a matéria objeto de pacificação jurisprudencial não pôde tomar a abrangência que se pretendia dar, em razão das limitações inerentes ao modo como se configuram decisões do STF.

Por esse motivo, o uso das ADI's e ADC's em concomitância com o das súmulas vinculantes acaba por gerar uma contradição, já que as duas dão os mesmos efeitos para a decisão.

Todavia, diante da ausência de proibição legal para essa prática, ela continua ocorrendo, em função da necessidade do caso concreto, que pode se dar de diversas formas, conforme foi abordado.

Atualmente, dez, das 53 Súmulas Vinculantes mesclam seus precedentes entre decisões dos controles difuso e concentrado. São elas as Súmulas Vinculantes nº 7, 13, 21, 29, 32, 38, 39, 42, 43 e 46, uma delas trabalhada anteriormente.

Isso reforça a ideia de que existe uma falha no sistema jurisdicional atual, que contribui para a prática contraditória, que ainda assim, reitera-se, não é ilegal ou inconstitucional.

Ainda assim, o que se vê, nos casos abordados, é a Corte Especial tomando caminhos diversos, e muitas vezes confusos aos olhos do leigo, para a solução de demandas sociais efetivas.

As decisões do STF analisadas nesse trabalho refletem o papel que a Corte desempenha na solução de casos complexos. Com o passar dos anos, foi

confiado ao Judiciário a solução das demandas que não são efetivadas pelos demais poderes<sup>53</sup>.

O descrédito no legislativo e executivo fazem com que a população visse no Poder Judiciário uma alternativa para a solução de direitos não implementados<sup>54</sup>.

Ainda, com a efetivação da ordem constitucional pós-ditadura, a esse órgão também é atribuída a defesa dos direitos e garantias fundamentais, que tanto foram violados.

Assim, o Supremo Tribunal Federal representa, atualmente, grande papel político. Tudo isso dá vazão a um novo Direito Constitucional, que deixa de lado o positivismo e que tem como pauta casos de difícil solução.

Nesse contexto, a Corte Suprema passa a operar, gradativamente, de maneira mais ativa, momento em que surge a discussão acerca dos seus limites de atuação, como se fez no presente trabalho.

Esse entendimento acerca do exercício de um novo papel pelo Judiciário, mais ativo, é confirmado em pesquisa realizada por Maria Tereza Sadek, em 1995, com 570 juízes estaduais e federais dos estados de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco, disponível na obra de Guilherme Pupe da Nóbrega<sup>55</sup>.

A pesquisa revela “[...] que 73,7% dos juízes entrevistados ‘concordam inteiramente’ ou ‘concordam muito’ com a afirmação de que o ‘juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais’ [...]”.

Na mesma obra é possível constatar que, pela pesquisa realizada “por Viana, Carvalho, Melo e Burgos [...] conduzida em 1997 com 3.927

---

<sup>53</sup> NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição Constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-24.

<sup>54</sup> NOBREGA, 2014 apud FILHO, 2007, p. 14-15.

<sup>55</sup> NOBREGA, 2014 apud SADEK, 2010, p. 17.

magistrados”, 83% deles concordaram “com a assertiva de que o Judiciário não é um poder ‘neutro, e que em suas decisões o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-las dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social”<sup>56</sup>.

Desse modo, vê-se emergir um Judiciário ativista e comprometido com as causas sociais, o que se torna ainda mais evidente se considerarmos a atuação do STF, a maior Corte, para qual estão voltados os olhos dos cidadãos e da mídia.

Com a transmissão ao vivo das sessões do STF, cada dia sua atuação se torna mais evidente, principalmente quando envolve a discussão de questões políticas.

Nesse diapasão, as regras e os princípios de direito ganham maior força, e não mais a doutrina positivista, já que aquelas possibilitam o trânsito por um espectro mais amplo de interpretações possíveis.

Desse modo, Häberle<sup>57</sup> contribui para o pensamento moderno, ao expor que a hermenêutica constitucional não é mais uma atividade restrita a um círculo fechado de juristas e partes, como outrora fora.

E que atualmente se observa que existe um espaço muito mais amplo de discussão, o que se traduz na necessidade de estabelecer uma visão interdisciplinar na leitura do texto constitucional.

Essa nova dogmática interpretativa é decisiva para os mecanismos de interpretação constitucional, pois alteram os rumos das decisões. O que se pôde observar nas análises de casos concretos desse trabalho.

Ainda assim sobrevive o anseio, no interior de grande parte dos juristas, de ver objetivados os julgamentos da Suprema Corte, o que se busca por

---

<sup>56</sup> NOBREGA, 2014 apud VIANNA, CARVALHO, MELO e BURGOS, 2002, p. 6.

<sup>57</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 44-46.

meio das diversas teorias argumentativas, que tentam racionalizar essas decisões.

Diversos textos são redigidos, como o presente trabalho, na busca de encontrar um mecanismo sintético, que explique as razões de ser dos julgados.

No entanto, nas palavras de Guilherme Pupe<sup>58</sup>:

[...] talvez o maior desafio não seja reconhecer a inexistência da certeza, mas sim proceder sem a necessidade dela, reconhecendo que, expostos os fundamentos, uma interpretação será fruto de uma cultura, de uma época, de um espaço, e, por isso, relativa, sendo passível de falhas, e, assim, de ser revista.

Desse modo, não serão encontradas razões lógicas e firmes que expressem os sentidos das decisões e perpassem a noção de tempo e espaço. É necessário que, na análise das condições concretas do caso, se exprima o sentido de justiça.

---

<sup>58</sup> NÓBREGA, op. cit., p. 134.

#### IV. Análise da Seleção de Precedentes à Luz da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso

Para tratar da influência da Teoria da Abstrativização do Controle Difuso na seleção de precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes é necessário, primeiramente, que se faça uma abordagem acerca da tese, que foi elucidada pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335/AC.

A Reclamação foi ajuizada pela Defensoria Pública do Acre contra a decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais de Rio Branco que negava o direito de progressão ao regime semiaberto aos presos que cumpriam penas relativas a crimes hediondos.

A Reclamação estava fundada no *Habeas Corpus* 82.959 julgado pelo STF, no qual foi declarada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei de Crimes Hediondos (nº 8.072/90)<sup>59</sup>, que determinava o cumprimento integral da pena para esses crimes em regime fechado.

A argumentação do Juízo da Vara de Execuções era a de que a decisão do STF acerca da inconstitucionalidade do dispositivo se deu de forma incidental, e vincularia apenas as partes envolvidas na lide. Assim, enquanto o Senado Federal não editasse resolução suspendendo a eficácia da lei, o Juízo da execução, singularmente, não o poderia fazer para os demais presos.

No mesmo sentido foi o parecer da Procuradoria Geral da República, que recomendou ao STF julgar prejudicada a Reclamação, por ausência de decisão para as mesmas partes cuja autoridade deva ser preservada, posto ser essa a finalidade da Reclamação Constitucional.

Já a Defensoria Pública sustentou a tese de que a inconstitucionalidade do dispositivo foi examinada *in abstracto*, e assim, a sua

---

<sup>59</sup> Art. 2º da Lei 8.072/90: Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007).

vinculação a outras partes não dependeria da edição de resolução pelo Senado. Argumentou ainda que a doutrina tem entendido que as decisões do STF, de maneira geral, possuem eficácia *erga omnes*.

O Relator do caso, Min. Gilmar Mendes, inicia seu voto articulando comentários acerca da previsão de suspensão dos efeitos da lei pelo Senado Federal descrita no art. 52, inciso X, da CF, discutida pela Defensoria Pública e pelo Magistrado da Execução Penal.

Argumenta que esse mecanismo é utilizado para “outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade”, em razão da ausência do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, trata-se de ato político praticado pelo Senado Federal, que não possui obrigatoriedade ou vinculação à requisição do STF.

Impende ressaltar, no entanto, que ao contrário do que ocorre com as Súmulas Vinculantes, para a edição de Resolução pelo Senado Federal é necessário que o julgamento tenha se dado em ação do controle difuso. Não é possível a edição de resolução com base em ADI, ADC, etc.

Conforme redação do art. 52, X da CF, somente é possível a suspensão de leis pelo Senado Federal, nos casos em que esta for “declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Assim, a lógica é a de que as ações do controle concentrado já são efetivas em obstar a aplicação da lei. Se por meio delas se declarada a inconstitucionalidade de uma lei, esta decisão já é imperativa, não há a necessidade de posterior atuação por parte do Legislativo.

Analogicamente, poderia se pensar que as Súmulas Vinculantes cumpririam o mesmo papel, já que também visam conferir, às decisões do STF, obrigatoriedade geral. Somente as decisões do controle difuso não cumpririam essa função de exercer comando abstrato e genérico.

No entanto, a lógica é inversa. Não há óbice legal à criação de

Súmulas Vinculantes a partir de decisões do controle concentrado, conforme foi demonstrado.

Ainda assim, essa medida é questionável, pois a decisão já possui a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que se pretende dar com a criação do enunciado.

O Relator conclui sua argumentação preliminar ressaltando que, se as demais decisões da Corte possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não há motivo para que as decisões do controle difuso não os tenham, *in verbis*:

[...] Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica.

[...] das decisões possíveis em sede de controle, a suspensão de execução pelo Senado está restrita aos casos de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

[...] A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

[...] Assim, passou a dominar a eficácia geral das decisões proferidas em sede de controle abstrato (ADI e ADC).

Autores<sup>60</sup> advogam em favor da criação dessas decisões com efeitos gerais, sob o fundamento de que trazem maior segurança jurídica para o ordenamento jurídico como um todo.

Por outro lado, existem aqueles que defendem a manutenção do dissenso, da controvérsia, a despeito da estabilidade que traz a segurança jurídica, pois essa situação é natural num estado democrático ativo.

---

<sup>60</sup> ALENCAR, op. cit., p. 50.

Nesse ponto, é importante ressaltar que, por mais que a segurança jurídica seja um ideal que todos almejam, ela não deve ser buscada a qualquer custo, já que as mudanças e inconsistências fazem parte do cotidiano jurídico e do processo democrático.

Assim, é importante analisar até que ponto a flexibilização de direitos não afetam as discussões democráticas. Nesses casos, a ponderação é sempre um fator necessário.

Wanessa Cerqueira<sup>61</sup> acrescenta que:

Há doutrinadores, como o Professor André Vasconcelos Roque, que entendem o instituto da súmula vinculante como uma inovação na jurisdição constitucional brasileira que permite ao Supremo Tribunal Federal abandonar a condição de legislador negativo e assumir a condição de legislador positivo [...]. O doutrinador acredita que os objetivos de proporcionar segurança jurídica, isonomia e racionalização do ordenamento jurídico custaram um alto preço: transformar o Supremo em um verdadeiro legislador e, como consequência, engessar a ordem jurídica.

Luís Roberto Barroso, por outro lado, entende o instituto como um grande aliado para a celeridade e eficiência na Administração da Justiça.

A Teoria da Abstrativização do Controle Difuso prima pela segurança jurídica e força dos precedentes, mas deve ser contrabalanceada.

No entanto, defendendo o seu uso reiterado, o Min. Gilmar Mendes alega, inclusive, que podem ser utilizadas em concomitância com técnicas de julgamento, como a modulação de efeitos.

Além do exposto, acrescenta o Ministro em seu voto, que também as decisões acerca das Leis Municipais têm sido utilizadas como precedentes para outras leis de mesma categoria, ainda que de outro estado da federação.

Assim, em processos nos quais se julga a constitucionalidade de determinada norma municipal, a mesma decisão é utilizada como precedente para que seja realizada a mesma análise, mas tendo como base leis de outros

---

<sup>61</sup> CERQUEIRA, op. cit., p. 31.



municípios.

É o caso dos seguintes Recursos Extraordinários, da relatoria dos demais Ministros: 228.844<sup>62</sup>, 345.048<sup>63</sup>, 384.521<sup>64</sup>, e também do Agravo de Instrumento nº 423.252<sup>65</sup>.

Essa prática revela o caráter abstrato das decisões do STF, e corrobora o argumento do Ministro relator.

Também sustenta o Relator, que as decisões nas quais se faz o controle incidental de constitucionalidade, proferidas em ações civis públicas, ações populares e mandados de segurança coletivos, devem possuir eficácia *erga omnes*, no sentido do disposto no art. 16 da Lei nº 7.347/85<sup>66</sup>.

Esse entendimento se justifica, pois nessas ações a tutela é conferida à coletividade, e caso o provimento jurisdicional seja pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, ele incidirá sobre um grande grupo de pessoas.

Assim, sendo parte a coletividade, o efeito *erga omnes* é mais compatível com esse tipo de ação, já que a proteção do bem tutelado se destina, justamente, a todos.

De outro modo, seria incongruente deixar de atribuir tal efeito, já que o próprio objeto dessas ações muitas vezes se confunde com a alegada inconstitucionalidade incidental.

Todavia, esse entendimento é incompatível com a proteção que se tem atualmente para a análise de constitucionalidade de leis, que limita a análise ao

---

<sup>62</sup> Da relatoria do Min. Maurício Corrêa, no qual se discutia a legitimidade do IPTU progressivo, DJ 16/06/99.

<sup>63</sup> Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, no qual se arguia a inconstitucionalidade da taxa de limpeza pública, DJ 08/04/03.

<sup>64</sup> Da relatoria do Min. Celso de Mello, DJ 30/06/03.

<sup>65</sup> Relatoria do Min. Carlos Velloso, no qual se discutia a constitucionalidade da taxa de coleta e limpeza pública, Diário de Justiça 15/04/03.

<sup>66</sup> Art. 16 da Lei nº 7.347/85: A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997).

STF e os legitimados às figuras elencadas na Constituição Federal, além de impor a necessidade da cláusula de reserva de plenário.

Nesse sentido, Fábio Quintas<sup>67</sup> discorre:

[...] é factível haver declaração incidental de inconstitucionalidade que tenha resultado prático semelhante àquele obtido no controle concentrado de constitucionalidade, dados os abrangentes efeitos potenciais da sentença proferida em ações coletivas. Haveria, por assim dizer, um possível conflito prático de decisões.

E acrescenta que:

Isso, certamente, gera estranhamento. Sobretudo quando se considera que, para extirpar uma lei do ordenamento jurídico em confronto com a Constituição por meio da jurisdição constitucional, é necessário ajuizar ação própria [...] perante o Tribunal competente para dela conhecer [...]. Além disso, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade estabelece rol taxativo de legitimados para iniciar o controle [...].

Por fim, e em razão da extensão do julgamento, que já durava anos, foi editada Súmula Vinculante, de nº 26<sup>68</sup>, cuja proposta foi encaminhada pelo Min. Cezar Peluso, e prejudicaria a discussão da reclamação.

O resultado do julgamento da Reclamação Constitucional foi dado por maioria de votos. Quatro Ministros, o Sepúlveda Pertence, o Joaquim Barbosa, o Ricardo Lewandowski e o Marco Aurélio julgaram a ação improcedente, mas concederam a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para determinar que o Juiz da Execução aprecie os pedidos formulados.

Já o voto do Min. Gilmar Mendes, estudado nesse trabalho, foi minoritário. O acompanhou o Min. Eros Grau, e ambos foram vencidos no julgamento da Reclamação. Ao cabo, se manteve a necessidade da suspensão de lei pelo Senado Federal para conferir abstratividade às decisões do STF.

---

<sup>67</sup> Notícia disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-acoes-coletivas-desafia-logica>. Acesso em 27/07/15.

<sup>68</sup> Súmula Vinculante 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Do mesmo modo ocorreu nas Reclamações 5.389, 5.391 e 5.393 da relatoria da Min. Ellen Gracie. No caso, ela determinou o arquivamento das ações em razão da falta de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* das decisões do STF.

As referidas reclamações foram ajuizadas por prefeitos do Pará, que pretendiam colher os efeitos da decisão da Reclamação 2.138 que determinou não ser aplicável aos agentes públicos a lei de improbidade administrativa, pretensão que não restou atendida.

Nesse sentido, no julgamento dessa Reclamação 4.335/AC que se estuda, alguns Ministros se posicionaram de modo a não considerar possível a mutação constitucional, devido à ausência de regulamentação pelas vias legislativas, ao contrário do que foi sustentado anteriormente pelo Min. Gilmar Mendes, Relator do caso.

Assim, expôs o Min. Lewandowski:

Não há, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de mutação constitucional na espécie, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece quanto ao tema, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a separação dos poderes à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional.

Todavia, todos os Ministros cujos votos foram vencedores concederam a ordem de ofício para remeter os autos ao Juízo da Execução para análise das demais condições para a progressão de regime dos pacientes, excluída aquela já declarada inconstitucional pelo STF no *Habeas Corpus*.

A despeito disso, o caso foi alvo de intensas críticas, como a de Lenio Luiz Streck<sup>69</sup>:

Essa decisão é gravíssima do ponto de vista jurídico. Na medida e que ela desrespeitou o texto constitucional, o inc. X do art. 52 da CF e a comunidade jurídica em uma passividade assustadora pouco criticou quando não elogiou a decisão.

Sob o ponto de vista pedagógico, o voto do Min. Relator foi

---

<sup>69</sup> STRECK, op. cit., p. 56.

esclarecedor quanto à Tese da Abstrativização, que tem sido o caminho aos poucos traçado pela Suprema Corte.

No entanto, há de se ressaltar a incoerência legal no julgamento. Conforme foi relatado, nesses grandes casos se faz importante assegurar a preservação dos institutos jurídicos, com o fim de ponderar a atuação dos três poderes e proteger os cidadãos.

O caso exposto ajuda a entender a seleção de precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes. Ele aponta o rumo que o STF tem tomado na solução dos conflitos: dar mais força aos seus precedentes.

Nesse sentido, as Súmulas Vinculantes cumprem o mesmo papel, tornam obrigatórias as decisões tomadas pela Corte Especial, conferindo mais celeridade aos julgamentos futuros.

Todavia, acrescenta Wanessa Cerqueira<sup>70</sup>:

[...] em relação à abstrativização do controle difuso, deve-se observar que esse é realizado a partir de questões concretas. As súmulas vinculantes, não obstante originarem de decisões reiteradas do STF em casos concretos, percorrem o caminho inverso, pois tentam impor uma decisão *a priori* para outros casos concretos, que não são necessariamente idênticos.

Pode-se concluir, portanto, que ambos institutos se compatibilizam, no que tange à força que conferem aos precedentes da Suprema Corte, entretanto, percorrem caminhos inversos.

Pela análise do caso, é possível constatar que existe uma tendência atual a tornar obrigatório o cumprimento das decisões do STF, sejam elas oriundas do controle difuso ou concentrado.

Desse modo, as fronteiras entre os sistemas de controle de constitucionalidade se tornam mais tênues, o que acaba por acentuar as falhas da atual estrutura de análise da constitucionalidade das leis.

---

<sup>70</sup> CERQUEIRA, op. cit., p. 30.

Como consequência da equiparação dos institutos, as próprias Súmulas Vinculantes estariam esvaziadas de sentido, pois as deliberações do STF teriam, por si sós, o caráter vinculante.

No entanto, ainda não se alcançou esse patamar. O que é possível concluir, por ora, é que, com a tendência de abstrativização das decisões do Supremo Tribunal Federal, os sistemas de controle de constitucionalidade tendem a se equiparar, quanto a seus efeitos e resultados finais.

Assim, o precedente utilizado para a criação de uma Súmula Vinculante não precisa, necessariamente, ser de um ou outro sistema de controle, já que se tornaram tão similares.

O que se torna essencial é o cumprimento dos requisitos para a edição dos enunciados, principalmente o de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, tão debatido no presente trabalho.

Logo, na atual conjectura, é possível admitir a utilização dos precedentes do controle concentrado de constitucionalidade para a criação de Súmulas Vinculantes, já que não existe óbice legal para tanto.

## Conclusões

Conforme foi abordado durante todo o trabalho, os mecanismos de seleção de precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes perpassam análises variáveis, objetivando interesses que por vezes esbarram em conceitos normativos rígidos.

Como por exemplo, ideias de ativismo judicial e garantias de direitos sociais, que se sobressaem, por meio da ponderação principiológica, maleável, sobre a normativa, positivista.

Pode ser observado pelos precedentes e pelo trâmite que levou à aprovação da Súmula Vinculante 2, que por vezes a criação de um enunciado se faz necessária para fins de economia processual, o que alcança o verdadeiro sentido do instituto, o que também ocorreu no caso da súmula 28.

Talvez se a Teoria dos Motivos Determinantes fosse adotada, seria possível solucionar problemas como esse. No entanto, é necessário um estudo mais aprofundado acerca desse tema, em específico, para fazer essa conclusão.

No entanto, da criação da Súmula Vinculante 13 se observou a necessidade de estender uma determinação às demais autoridades públicas, como uma prestação jurisdicional de utilidade geral.

Assim, os motivos que levam à edição de um novo enunciado podem terminar conflitando com exigências legais, como a de “reiteradas decisões”, tão evidenciada nesse trabalho, como foi o caso das Súmulas 28 e 53, a primeira, que teve como precedente apenas uma ADI, a de número 1.074 e a segunda, apenas o RE 569.056.

Quanto à exigência de que os precedentes fossem do controle difuso, não houve demonstração legal nesse sentido, muito embora seja a escolha mais lógica e que melhor se adequa à natureza do instituto.

Assim, conclui-se não ser ilegal a utilização de decisões do controle

concentrado de constitucionalidade como precedentes para a criação de Súmulas Vinculantes.

No entanto, a necessidade e as razões que levam a Suprema Corte a fazê-lo sempre serão questionadas, pois essas ações já possuem a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que se pretende conferir à decisão com a criação de um enunciado.

Ainda, é censurável a criação de súmulas com disposições que vão além da matéria discutida nos julgamentos utilizados como precedentes, pois o Supremo Tribunal Federal não pode exceder os limites que lhe são conferidos, por sua atuação jurisdicional.

Todos esses fatores de miscigenação do processo constitucional, onde os efeitos das ações dos controles difuso e concentrado se confundem, nos levam a identificar uma tendência à abstrativização das decisões do STF, independentemente do instituto que está sendo utilizado *in casu*.

Nesse sentido, a tendência que prevalece é a da vinculatividade dos precedentes da Suprema Corte, independentemente do tipo de instrumento processual utilizado.

O que também é consequência da defesa Teoria pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335/AC, que influencia e orienta o atual posicionamento do STF acerca do assunto.

A despeito de qualquer crítica ao processo de edição de Súmulas Vinculantes, existe ainda uma segurança jurídica nesse trâmite, haja vista que a criação é mais seletiva que os processos decisórios do STF.

Assim, ainda que as decisões nos precedentes sejam alvos de problematizações, os enunciados criados devem obedecer o rito da Lei nº 11.417/06, o que impõe maiores obstáculos ao seu nascimento, e sugerem seja rediscutida a matéria.

Conclui-se, portanto, que não há óbice legal para a criação de

Súmulas Vinculantes a partir de precedentes do controle concentrado de constitucionalidade. E que, além do campo legal, existem elementos que respaldam essa medida na esfera teórica.

Tendo em vista a tendência que se vislumbra, de abstrativização das decisões do controle difuso, os dois sistemas tendem a se equiparar, quanto a seus efeitos. Assim, a utilização de um tipo ou de outro de decisão, não se diferiria.

Ademais, pela atual postura do STF, em consonância com os anseios sociais quanto à uma prestação jurisdicional efetiva e pró-ativa, é possível identificar elementos para fundamentar essa medida.

Conforme ressaltado, o judiciário tem exercido um papel ativo na consolidação de políticas sociais não implementadas pelos demais poderes, o que culmina na condução, ao Supremo Tribunal Federal, de questões densas e de grande controvérsia.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem tomado medidas complexas, quanto ao teor jurídico das decisões, alguns exemplos delas foram mostrados nesse trabalho.

Assim, munidos dos elementos apontados como fundamento, é possível garantir, com parâmetros jurídicos sólidos, a utilização de precedentes do controle concentrado para a criação de Súmulas Vinculantes.

Mesmo diante dessa segurança, cumpre ao jurisdicionado permanecer vigilante quanto à forma como a Suprema Corte dispõe dos aparatos legais para proferir suas decisões, pois o processo de interpretação constitucional pertence a toda coletividade.

Ainda que não se possa garantir a objetividade das decisões, é possível analisar quando ultrapassam os critérios de legalidade e violam o princípio da separação dos poderes.

Assim, o olhar sempre atendo do jurisdicionado é o seu mecanismo de defesa e proteção democrática. Não se pode deixar de exercer esse papel, pois



todos são legitimados para interpretar a Constituição Federal, já que fazem parte de uma mesma comunidade democrática.

## Referências Bibliográficas

ALENCAR, Ildgard Hevelyn de Oliveira. *Abstrativização do controle difuso: uma análise crítica da tese defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Reclamação nº 4335-5/AC*. Brasília: IDP/EDB, 2012. 63f – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. *Controle de constitucionalidade: Evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

CERQUEIRA, Wanessa Gabrielle Maia. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade – cenário atual do controle difuso de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro*. Brasília: IDP/EDB, 2014. Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – Comentários à Lei nº 9.868/99*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição Constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PESSONI JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da Súmula Vinculante pelo STF: Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2009. In: [http://www.sbdp.org.br/ver\\_monografia.php?idMono=149](http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=149).

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes*. 2. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante: Estudos e comentários à Lei 11.417 de 19.12.2006*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>.

<http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/judicialnominees/roberts.html>.

<http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-acoes-coletivas-desafia-logica>.