# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

**CRISTIANO BECKER ISAIA**

**MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO**

**GLÁUCIA APARECIDA DA SILVA FARIA LAMBLÉM**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia, Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém, Márcia Haydée Porto De Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-354-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA IV

---

## Apresentação

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, com vigência a partir do mês de março do ano de 2016, vem suscitando inúmeras discussões jurídicas, em virtude mesmo da complexidade inerente a todo novo ordenamento. Esse foi o foco principal do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça IV, por ocasião do XXV Encontro Nacional do Conpedi, realizado na cidade de Curitiba/PR, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

A partir de uma metodologia dialogada, essencialmente participativa e compartilhada, o Grupo foi coordenado pelo Professor Doutor Cristiano Becker Isaia (UFSM), pela Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém (UEMS) e pela Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA). Um total de 23 (vinte e três) trabalhos (aprovados previamente em sistema de dupla revisão cega) foi brilhantemente apresentado por inúmeros pesquisadores, os quais foram divididos em cinco grupos.

No primeiro conjunto temático, o foco centrou-se principalmente no universo do Direito Processual Constitucional e dos Princípios Jurídicos, momento em que se debateu sobre temas de extrema relevância, tais como os limites às mutações constitucionais, colaboração processual, segurança jurídica no âmbito processual, razoável duração do processo e filosofia no processo, com ênfase na crítica hermenêutica. No segundo grupamento, destacou-se o enfrentamento verticalizado do tema Processo colaborativo e Democrático, vindo à tona principalmente questões relacionadas à nova cultura da cooperação processual, democracia participativa, sistemas e processo, amicus curiae, dentre outros. Na terceira série, os olhos voltaram-se aos estudos dirigidos às Teorias decisórias e o próprio papel da magistratura em cenários de Estado Democrático de Direito, quando se discutiram temas igualmente de extrema relevância, tais como ativismo judicial, função das súmulas vinculantes, precedentes judiciais, democratização do processo e judicialização da política. A quarta reunião de temas debateu o Procedimento processual civil, momento em que, numa perspectiva mais técnica, enfatizaram-se temas relacionados à participação da criança e do adolescente no ambiente processual, bem como alguns aspectos interessantes no processo de execução e no incidente de resolução de demandas repetitivas. Finalmente, o quinto e último grupo proporcionou o debate frente à relação entre Processo e direitos transindividuais, com ênfase principalmente na tutela coletiva processual.

Fica assim o convite à leitura dos trabalhos, o que certamente auxiliará no aprofundamento do estudo do direito processual civil, ramo fundamental da ciência jurídica na incessante busca pela sedimentação das promessas constitucionais.

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia – Universidade Federal de Santa Maria

Prof.ª Dr.ª Gláucia Aparecida da Silva Faria Lamblém – Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul

Prof.ª Dr.ª Márcia Haydée Porto de Carvalho – Universidade Federal do Maranhão

# LIMITES ÀS ALTERAÇÕES E MUTAÇÕES CONSTITUICIONAIS

# LIMITS ON CONSTITUTIONAL AMENDMENTS AND CHANGES

**Henrique de Almeida Prado Franceschi**
**Alexandre Mateus De Oliveira**

**Resumo**

O artigo analisa a alteração e mutação constitucional, com apreciação das limitações decorrentes da Constituição Brasileira. Se o texto constitucional impôs ao poder reformador condições para a sua atuação, há de se reconhecer, por simetria, limites às alterações informais ou interpretativas operadas pelo Poder Judiciário, as mutações. Ao atentar-se para o fenômeno da jurisdição constitucional, procura-se revelar os limites da atuação do Supremo Tribunal Federal no manuseio das súmulas vinculantes. Assim, os autores pretenderam fornecer subsídios para uma crítica do instituto da mutação constitucional, notadamente quanto à edição, revisão e extinção de súmulas vinculantes, diante dos riscos que pode implicar.

**Palavras-chave:** Limites, Poder constituinte, Mutação constitucional, Súmula vinculante

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article analysis constitutional amendment process and its judicial review, as well as limitations imposed by Brazilian Constitution. Since constitutional text imposes limits to Legislative Power, its necessary to recognize limits on the way the Constitution is understood by Judicial Power: mutation. Paying attention to constitutional jurisdiction, we seek to reveal the boundaries of Brazilian Supreme Court when handling binding precedents. The authors aim to provide a basis for analysis of the Institute of Brazilian constitutional mutation, especially regarding editing, revision and termination of binding precedents, and the risks that it can imply to our constitution.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Limits, Constituent power, Constitutional mutation, Binding precedent

## INTRODUÇÃO

O constitucionalismo firmou-se como um novo paradigma de direito em oposição ao modelo teórico jurisprudencial (justiça ou racionalidade intrínsecas) e ao modelo legislativo (fundado na autoridade produtora das regras e, logo, no princípio da legalidade). Assim, a constituição estruturada com direitos fundamentais e como resultado de opções exercidas pelo povo, detentor do poder, goza da legitimidade necessária para assumir verdadeira função normativa, como parâmetro de validade de todo o direito vigente.[1]

A preservação da normatividade constitucional, o respeito aos direitos das minorias e às garantias dela decorrentes dependem fundamentalmente da rigidez constitucional. A rigidez da norma fundamental consiste na exigência de regras mais dificultosas para o procedimento legislativo de sua alteração, em comparação com o procedimento ordinário de elaboração de normas infraconstitucionais. Dessa forma, e considerado o poder normativo da constituição, disposições legais elaboradas segundo regras menos rigorosas de produção legislativa devem ser extirpadas do ordenamento jurídico sempre que confrontarem as disposições da carta magna.

O sistema descrito de forma sucinta no parágrafo anterior foi o adotado pelo poder constituinte brasileiro de 1988, que previu a constituição rígida, sua alterabilidade segundo quóruns especiais e iniciativa reservada, além de complexo sistema de controle de constitucionalidade (por mecanismo preventivo, repressivo, difuso e, também, concentrado), encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião maior da Constituição. Contudo, o poder derivado criou nova figura jurídica capaz de alterar por completo a lógica do modelo jurídico brasileiro, o instituto da Súmula Vinculante, decorrente da Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

A Súmula Vinculante consiste em assento elaborado pelo Supremo Tribunal Federal (de ofício ou mediante provocação de certas autoridades legitimadas), que, de forma abstrata, estabelece a exegese oficial de norma constitucional ou infraconstitucional, cuja observância, uma vez publicada, será obrigatória aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo, nas esferas federal, estadual e municipal.

Justamente em razão da força atribuída a essa nova figura constitucional criada pelo poder reformador, responsável por considerável alteração do eixo de equilíbrio do modelo de direito adotado pela República Federativa do Brasil, deve-se reconhecer que, além dos limites

---

1 FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

formais e materiais especialmente impostos, o Supremo Tribunal Federal - quando da elaboração de Súmulas Vinculantes - deve obedecer a outros limites deduzidos a partir da força normativa da Constituição Federal e seu texto original.

## 1. **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PODER CONSTITUINTE**

O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de produção das normas constitucionais, seja por meio da elaboração de uma constituição, seja nos casos de sua reforma, atribuindo legitimidade a todo ordenamento jurídico do Estado.

Emmanuel Sieyès estabelece uma divisão linear entre poder constituinte - que cria a constituição (ilimitado, autônomo e incondicionado); e o poder constituído - órgãos e funções criados pela constituição (restrito e condicionado). Pode-se, ainda, acrescentar que, se por um lado, o poder constituinte originário é eminentemente político, o poder constituinte derivado é jurídico, na medida em que está limitado à função reformadora que decorre do texto original.

Quanto à titularidade do poder constituinte, hodiernamente é pacífico o entendimento de que, ao se consagrar o princípio da soberania popular, a titularidade do poder constituinte é do povo. Destarte, a vontade constituinte é a vontade do povo, expressa por representantes. Em nossa Constituição, o citado princípio está previsto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal.

Portanto, a legitimidade do poder constituinte passa pela análise da titularidade e exercício: para ser considerado legítimo, o poder constituinte deve ser exercido por representantes de seu titular (povo) e nos limites dessa delegação.

## 2. **PODER CONSTITUINTE DERIVADO (REFORMADOR)**

O poder constituinte derivado reformador tem como principal objetivo emendar, reformar, rever, transformar ou, de qualquer forma, alterar a constituição originária e este procedimento é feito por meio das emendas constitucionais. Tal poder decorre de uma regra jurídica de dimensão constitucional, submetendo-se a limitações expressas e implícitas.

É poder derivado porque retira sua força do próprio poder constituinte originário e apresenta as características de subordinado e condicionado. É subordinado já que está limitado pelas normas expressas e implícitas no texto constitucional, não podendo estas contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e, por fim, é condicionado porque seu exercício deve observar o regramento previsto no texto constitucional.

O poder constituinte com tais características, pressupõe sua inserção em uma constituição rígida, na qual a forma de alteração do texto constitucional é mais complexa do que para a feitura da legislação infraconstitucional.

Contemporaneamente, torna-se impensável imaginar um texto constitucional imutável, perpétuo, pois a Constituição se destina a regular a vida e o modo de ser de uma sociedade, a qual está sempre em contínua mutação.

## 3. **LIMITAÇÕES À EMENDA CONSTITUCIONAL**

Embora a constituição necessite de alterações e adequações em seu texto a fim de se amoldar à evolução da sociedade, tais mudanças devem se dar rigorosamente segundo regras próprias à emenda constitucional, espécie normativa que integra o processo legislativo, e que encontra seus contornos estampados no artigo 60 da Constituição Federal de 1988.

Sabendo-se que o poder constituinte derivado reformador somente encontra razão de ser nos ordenamentos jurídicos fundados em uma constituição rígida, bem como que tal poder é limitado por aquele do qual deriva, passemos a uma breve análise das limitações constitucionais ao poder de emenda à constituição:

A) *Limitações circunstanciais.*

As limitações circunstanciais estão previstas no artigo 60, § 1º da Constituição de 1988 e constituem situações excepcionais em razão da possibilidade de ameaça à livre manifestação do poder reformador. Trata-se de circunstâncias em que são vedadas quaisquer modificações no texto constitucional.

Tais circunstâncias são a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio: os *estados de exceção*. Trata-se de aparato constitucional extraordinário, que importa em intencional alteração do ordinário equilíbrio: (i) entre entes da federação; (ii) entre poderes da União; ou (iii) dos limites das investidas do Estado sobre os cidadãos (direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão).

Embora o sistema de controle de crises configure estado de exceção, não deixa de estar subordinado à ordem constitucional, que apenas temporariamente autoriza flexibilização de características constitucionais na proporcional medida do desequilíbrio fático constatado no plano das relações entre entes federativos, entre poderes ou que possa ameaçar a soberania nacional. É verdadeiro Estado de Direito (com rigores atenuados) que vige exclusivamente em tempo de exceção.

Nesse ponto, importante o alerta que faz o professor José Afonso da Silva[2] a respeito dos perigosos rumos que o estado de necessidade constitucional podem tomar:

> Sem que se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro **golpe de estado**, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de **ditadura**. (grifos nossos)

Justamente em razão da gravidade das circunstâncias que levam o Estado a se socorrer do sistema de controle de crises e, também, dessa linha tênue que separa o Estado de Exceção do Golpe de Estado ou da Ditadura, que o poder constituinte originário optou por retirar das gerações futuras a possibilidade de alterar a norma maior quando verificadas essas condições.

Em tese de mestrado, a Dra. Eliana Franco Neme[3] esclarece:

> O objetivo estabelecido pelo Constituinte, ao proibir a reforma, durante situações de desiquilíbrio, é justamente, e paradoxalmente, o de buscar preservar o equilíbrio constitucional. O parâmetro utilizado pelo constituinte, é o receio de que em situações de exceção, as modificações constitucionais, acabem por ser veiculadas de forma privilegiadora dos poderes dominantes na ocasião.

B) *Limitações formais ou procedimentais.*

São aquelas limitações concernentes aos órgãos competentes e ao devido processo legislativo constitucional a ser rigorosamente observado para se emendar a Constituição.

Desta feita, subdividem-se em:

*1 - Limitações formais subjetivas*:

As limitações formais subjetivas dizem respeito à legitimidade da iniciativa para a propositura de proposta de emenda constitucional. Está disciplinada no artigo 60, incisos I, II e III da Constituição Federal.

*2 - Limitações formais objetivas:*

Em síntese, limitações formais objetivas referem-se ao processo legislativo propriamente dito e ao procedimento de discussão, votação, aprovação e promulgação das propostas de emenda.

O artigo 60, § 2º da Constituição Federal estabelece que a proposta de emenda deve ser discutida e votada em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pelo voto de três quintos dos respectivos membros, em cada casa legislativa, para sua aprovação.

Também se configura como uma limitação formal objetiva, de caráter negativo, o dispositivo constante no artigo 60, § 5º da Constituição Federal, o qual veda que a matéria

---

2 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2008, p. 762.

3 NEME, Eliana Franco. Limites Circunstanciais para a Reforma Constitucional. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Instituição Toledo de Insino, Bauru-SP, 2001. P. 153.

constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

C) *Limitações materiais ou substanciais.*

São consideradas limitações materiais aquelas atinentes ao conteúdo, à matéria constitucional objeto da alteração. Essas matérias podem ser alteradas, mas não podem ser abolidas por emenda constitucional.

Causa certa estranheza, mas o poder constituinte originário, autônomo, ilimitado e incondicionado juridicamente impôs limites materiais a si próprio. Ao fazê-lo, o constituinte procurou preservar o núcleo essencial da constituição e protege-la de eventuais instabilidades institucionais e temporais.

Essas limitações procuram traduzir um esforço do constituinte originário para assegurar a integridade da carta constitucional, impedindo que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudanças na sua identidade como um todo.

Certas matérias são imutáveis, segundo a concepção do poder constituinte originário, vedando-se que os órgãos legitimados sequer deliberem a título de emenda à constituição. São as denominadas "*cláusulas pétreas*" (art. 60, § 4º da Constituição Federal). Segundo o referido dispositivo constitucional, não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais.

> A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de 'originário') não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. (ADI 2.356-MC e ADI 2.362-MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 19-5-2011.)

*1 - Forma federativa de Estado.*

Constante do Título I da Constituição da República Federativa do Brasil, a forma federativa de Estado é erigida à ordem de princípio fundamental.

Não poderá ser objeto de emenda uma proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado, ou seja, o modo de ser federal do Estado brasileiro criado pela Constituição Federal de 1988. Pelo princípio decorrente da indissolubilidade do vínculo federativo busca-se preservar a unidade nacional e a descentralização do poder estatal.

Essa proibição se repetiu no direito constitucional pátrio desde a primeira Constituição da República de 1891, exceção feita apenas ao período vigente da Constituição de 1937.

*2 - Voto direto, secreto, universal e periódico*.

Expressão do princípio democrático, essa cláusula pétrea do sufrágio universal, direto, secreto e periódico, tem inédita previsão constitucional com a Carta de 1988, visto não haver previsão anterior no direito brasileiro.

Decorre dessa cláusula pétrea a livre escolha dos representantes diretamente pelo povo, vedando-se eleições indiretas. Pela garantia do escrutínio secreto e das eleições periódicas, consagrou-se o sistema democrático.

*3 - Princípio da separação dos Poderes*.

Mundialmente difundido por Montesquieu, o princípio da separação dos poderes também consta do Título I da Constituição da República Federativa do Brasil, elevado a princípio fundamental. Dispõe o artigo 2º da Carta de 1988: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Ressalta-se que não se trata de uma absoluta separação e equidistância, mas sim uma repartição equânime de funções típicas e atípicas com fundamento na sua harmonia e interdependência, o que ficou conhecido como "sistema de freios e contrapesos" (*checks and balances*).

*4 - Direitos e garantias individuais.*

Não há consenso na doutrina constitucional, acerca de quais direitos estariam salvaguardados sob a égide da cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais. Para alguns, devem ser considerados todos os direitos e garantias fundamentais (artigos 5º a 17 da Constituição Federal de 1988). Já outros autores defendem a inclusão de todos os direitos sociais no rol das cláusulas pétreas.

O que nos parece claro é que, os direitos e garantias individuais tidos como cláusula pétrea não são apenas aqueles previstos no artigo 5º da Constituição, devendo-se incluir os outros espalhados pelo texto constitucional, mormente quando ligados à identidade material da Constituição e no tocante ao seu núcleo axiológico, consistente no princípio da dignidade da pessoa e aos demais fundamentos da República Federativa do Brasil.

Destaque-se que, a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Brasileira incorporou tendência de alinhamento a um sistema constitucional variado, com textos esparsos, uma vez que passou a admitir a possibilidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos se equivalerem às emendas constitucionais,

quando aprovadas pelo Congresso Nacional nos termos de procedimento legislativo especial, simétrico ao da já consagrada emenda constitucional.

*5 - Limites materiais implícitos.*

Ainda que não se possa falar em consenso doutrinário a respeito da existência de limites materiais implícitos, seria descuidado passarmos por completo ao largo de tal assunto. Mesmo que se trate a Constituição Federal de 1988 de uma norma fundamental analítica, com estrutura administrativa do Estado e direitos fundamentais tratados extensivamente, por um texto que chegou ao ponto de incluir (com frequência) normas apenas formalmente constitucionais, sem qualquer conteúdo fundamental, há autorizada doutrina a defender a existência de limites não expressos ao poder reformador da constituição.

Segundo Nelson de Sousa Sampaio, lembrado pelo Professor José Afonso da Silva[4]: Encontrar-se-iam fora do alcance do poder de reforma as normas: (i) concernentes ao titular do poder constituinte; (ii) referentes ao titular do poder reformador; (iii) relativas ao processo da própria emenda, ponto em que é emendado pelo aposentado professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo.

Entre os constitucionalistas, no Brasil assim como em Portugal, muito se debate acerca da dupla revisão constitucional. Os adeptos dessa teoria, em termos gerais, defendem a viabilidade de o poder constituinte derivado superar os limites materiais de alteração constitucional por meio da prévia supressão (no caso brasileiro) do § 4º do artigo 60, mediante o procedimento especial de emenda. Uma vez excluído o referido dispositivo constitucional, não mais haveria limite material para o poder constituinte derivado.

Para os defensores da tese contrária (vedação da dupla revisão), o constituinte simplesmente optou por um silêncio eloquente, na medida em que qualquer tentativa expressa de petrificar o próprio § 4º do Art. 60 da Constituição tenderia ao infinito, como um cachorro que corre atrás do próprio rabo. Explica-se: haveria a substituição da teoria da dupla revisão por uma teoria da tripla revisão, a da tripla pela da quádrupla e assim incansavelmente.

Vital Moreira[5] reforça que a dupla revisão "é uma tese que se afigura teoricamente inconsistente, logicamente insustentável e juridicamente indefensável". Já para o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto[6]: "o mecanismo da dupla revisão baralha

---

4 Ob. Citada, p. 68.
5 MOREIRA, Vital. Constituição e Revisão Constitucional. Lisboa: Caminho, 1980. p. 106.
6 BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 76.

inteiramente os campos de legítima expressão do Poder Constituído e do Poder Constituinte, caindo, por isso mesmo, em contradições incontornáveis".

Vale lembrar as opiniões no sentido da viabilidade de alteração mais profunda do texto constitucional por meio de referendo ou plebiscito. Adriano Sant'Ana Pedra[7] defende tal posição e faz lembrar, também, os ensinamentos de Cármen Lúcia Antunes Rocha[8], que sugere para a superação das cláusulas pétreas a utilização de "instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes de democracia direta."

Ressalta-se, ainda, que na nossa atual Constituição não foi prevista nenhuma espécie de *limitação temporal* para o exercício do poder derivado reformador.

## 4. **MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Se, de um lado, a emenda constitucional corresponde a uma manifestação formal do poder constituinte derivado, mediante um mecanismo bem delineado de alteração da norma fundamental do Estado com o uso de procedimentos dificultosos, descritos e delimitados expressamente pelo poder originário, e que resultam necessariamente em acréscimo, alteração ou supressão de norma positivada, com data certa para o início de sua vigência, a mutação constitucional decorre de meios informais e não previstos no sistema jurídico positivo original de 1988. Não se pode falar em consenso doutrinário, havendo quem sustente que a mutação decorra da influência social pelos costumes, da pressão de grupos de interesses comuns mediante lobby, da palpável sedimentação de decisões judiciais convergentes e, inclusive, da concreta complementação legislativa – a implicar em contínua e paulatina modificação da interpretação constitucional, sem resultar em qualquer alteração do texto legal.

Os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[9] ponderam a respeito da interpretação das normas que:

> É bem verdade que todos os operadores do Direito podem – e devem – interpretar a norma (como o advogado, o membro do Ministério Público, o Defensor Público, o professor, o estudante...). Quem se abeirar da ciência jurídica interpretará a norma. Isto é certo e incontroverso. Apenas pondere-se que toda a atividade interpretativa tem como finalidade facilitar a efetiva solução dos conflitos de interesses nos casos concretos, formulando parâmetros para a efetiva aplicação da norma.

---

7 PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1

8 ROCHA. Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 30, n. 120, out./dez. 1993.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil Volume 1, Parte Geral e Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 11. ed. Salvador: JusPodivm. 2013. p. 114.

Sobre a contínua alteração de sentidos pela qual passam as leis, o saudoso jurista e filósofo Miguel Reale[10] ensinava em sua indispensável obra Lições Preliminares do Direito:

> O que interessa não é o signo verbal da norma, mas sim a sua significação, o seu 'conteúdo significativo', o qual varia em função de mudanças operadas no plano dos valores e dos fatos. Muito mais vezes do que se pensa uma norma legal sofre variações de sentido, o que com expressão técnica se denomina 'variações semânticas'. As regras jurídicas, sobretudo as que preveem, de maneira genérica, as classes possíveis de ações e as respectivas consequências e sanções, possuem uma certa elasticidade semântica, comportando sua progressiva ou dinâmica aplicação a fatos sociais nem sequer suspeitos pelo legislador.

Tal constante alteração da hermenêutica jurídica não é apenas viável – por se tratar o direito de uma ciência humana, inexata e também em razão da abertura semântica dos princípios constitucionais, verdadeiros feixes de valores com carga normativa que permitem a adequação dos fundamentos constitucionais segundo o estágio de evolução da ordem social – ela é necessária, diante da dinâmica da sociedade e de suas alterações comportamentais, sob pena de se condenar a própria existência de uma ordem constitucional rígida. Nesse sentido, Uadi Lammêgo Bulos[11]:

> É inegável que, ao lado desse dinamismo do ordenamento, alia-se a estabilidade das suas normas, mormente as constitucionais por consubstanciarem a estrutura basilar do Estado.
> O liame entre dinamismo e estabilidade está presente nas ordenações constitucionais positivas, permitindo o equilíbrio imperioso entre o elemento dinâmico e o estático.
> (...)
> O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, e evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procura salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem estar social.

A esse fenômeno de alteração constitucional em regra não institucional, não procedimental, emanado de fonte não exclusiva e desprovido de potencialidade de alterar concretamente o texto da norma superior, os doutrinadores atribuem o apelido de "poder constituinte difuso"[12].

Neste artigo, contudo, nos interessa a mutação constitucional proveniente das decisões emanadas do Poder Judiciário, em especial aquelas que – por emenda constitucional – foram dotadas de força vinculante: as súmulas expedidas pelo Supremo Tribunal Federal com fundamento no Art. 103-A da Constituição Federal.

No que se refere à mutação mediante súmula, embora não ocorra propriamente alteração do texto constitucional, não podemos afirmar que se trata de alteração informal, na

---

10 REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 24. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva. 1999. p.169.
11 BULOS, Uadi Lammêgo. Mutação Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91.
12 BURDEAU, Georges. Traité de Scince Politique. 2. ed. Paris: LGDJ. 1969.

medida em que decorre de procedimento previsto no direito positivo e resultará em enunciado publicado em diário oficial.

## 5. **A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Em termos singelos, a expressão "jurisdição constitucional" pode ser concebida como a interpretação e efetiva aplicação da Constituição pelos órgãos judiciais.

Após a Segunda Guerra Mundial, verificou-se nos Estados democráticos um considerável avanço da justiça constitucional sobre a atuação da política majoritária, esta última tratada no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como fundamento o voto popular.

Segundo Luís Roberto Barroso[13], podem ser apontados três possíveis causas para o crescente fenômeno da judicialização e do ativismo judicial: a) existência de um Judiciário forte e independente para proteção dos direitos fundamentais; b) uma certa desilusão com a política majoritária; c) os atores políticos (Legislativo e Executivo) visando a evitar o desgaste de sua imagem perante o eleitorado, preferem relegar ao Poder Judiciário a decisão de questões controvertidas, como aborto e direito dos homossexuais, por exemplo.

Vale ressaltar, ainda, que em decorrência de a Constituição brasileira ser classificada como uma constituição analítica e, portanto, ter inserido em seu texto muitos temas, a partir do momento em que determinada matéria é incluída na constituição, esta deixa o campo eminentemente político para ingressar na seara do direito.

Também pode justificar a referida judicialização e o ativismo judicial constitucional, o elevado número de legitimados a propor ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal[14].

## 6. **O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS "À BRASILEIRA"**

O instituto do precedente é encontrado em todos os sistemas jurídicos; o que pode variar são seus atributos (persuasivos ou vinculantes). Nos sistemas adeptos à tradição "*common law*" o precedente em regra é obrigatório e constitui elemento fundamental.

---

13 BARROSO, Luis Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro – Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. 2a. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.39.

14 Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já nos sistemas de tradição "*civil law*" ou tradição romano-germânica, como adotou o Brasil, apesar de não deixar de ser um precedente judicial, modelo para decisões futuras, o sistema lhe atribui, em regra, uma força meramente persuasiva, concedendo-lhe um caráter secundário comparativamente à norma legislada.

Não obstante, historicamente, o precedente judicial obrigatório não é absolutamente estranho ao nosso sistema jurídico. Com o escopo de buscar a uniformidade de posicionamentos sobre questões jurídicas e visando a obter uma maior celeridade na prestação jurisdicional, paulatinamente foram inseridos institutos processuais específicos (que serão tratados mais adiante) a determinadas espécies de decisões ou conjunto destas, a fim de que lhes fossem atribuído força vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e para toda a Administração Pública ou condicionassem a via recursal no processo judicial.

A principal questão que se coloca seria uma possível violação ao princípio da separação dos poderes, na medida em que tais institutos processuais reforçaram a tendência de ampliação do ativismo judicial.

Refuta-se tal crítica pela afirmação de que a teoria da separação dos poderes não é tão rígida a ponto de impedir totalmente o exercício de uma função estatal, em regra atribuída a um poder, por outro – função atípica. Outrossim, é competente o poder Judiciário para a interpretação e aplicação das normas, sendo que mesmo as decisões com natureza vinculativa não restringem a atividade típica do poder legislativo, que permanecerá livre para emanar novas normas abstratas conformadoras da constituição.

## 7. **O EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES NO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE**

Numa concepção sintética, segundo a teoria do "*stare decisis"* as decisões de um tribunal superior devem ser seguidas obrigatoriamente pelas cortes inferiores, bem como pelo próprio tribunal prolator da decisão, seja no controle difuso quanto no concentrado.

Apesar dos contornos diversos, o "*stare decisis"*, cuja origem remete aos Estados filiados à "*common law*", não é desconhecido daqueles filiados à "civil law", o que se evidencia nas calorosas discussões entre Ministros do Supremo Tribunal Federal a respeito da transcendência dos motivos determinantes em controle difuso de constitucionalidade.

Com o advento da Emenda Constitucional n° 45/2004 que deu nova redação ao artigo 102, § 2° da Constituição Federal, consagrou-se o entendimento que já era predominante no pretório excelso quanto ao efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Assim, no controle concentrado, quanto aos demais órgãos do Poder Judiciário, por exemplo, vinculará todos os processos eventualmente em curso. O magistrado – diante de caso concreto sob seu julgamento – deverá adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo relevante. A não observância, resulta em afronta à autoridade do STF, dando ensejo à Reclamação (artigo 102, I, "*l*" da Carta de 1988), além da admissibilidade de recursos às instâncias superiores.

No que tange aos limites objetivos, embora haja uma visão restritiva, que está mais ligada à coisa julgada que ao próprio efeito vinculante, e segundo a qual os efeitos vinculantes somente se dariam quanto ao dispositivo da sentença, a concepção que nos parece mais acertada seria um tanto quanto mais ampliativa, especialmente em atenção às peculiaridades do controle abstrato de normas, no qual não há propriamente litígio nem fatos, mas apenas a apreciação de um ato normativo em tese. Assim, é majoritário o entendimento de que a limitação do efeito vinculante à parte do dispositivo da decisão esvaziaria o instituto e diminuiria a contribuição do Supremo Tribunal Federal para a preservação da ordem constitucional.

Quanto aos limites subjetivos, inicialmente cumpre-nos analisar o papel do Poder Legislativo, mormente quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade.

Por aqui, diversamente do que se dá no sistema germânico, o Legislativo, no que se refere à sua função típica, está imune às decisões do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade. Poderá, pois, editar nova lei idêntica àquele ato normativo taxado de inconstitucional. Quanto às funções atípicas (atividades administrativas e jurisdicionais – como no caso de *impeachment*), a força vinculante se aplicará ao Poder Legislativo.

Outro aspecto interessante seria analisar se a decisão na ação direta vincula o próprio Supremo Tribunal Federal. Parece-nos, pela expressa referência no texto constitucional ao efeito vinculante em relação "aos demais órgãos do Poder Judiciário", que o STF não estaria sujeito a uma sua decisão anterior quanto à (in)constitucionalidade de ato normativo. Há ainda outro argumento: não caberia Reclamação perante o STF para garantir a autoridade de uma decisão sua que estaria sendo por ele próprio descumprida.

Mas, sendo assim, poderia o STF reapreciar a questão ou até decidir em sentido contrário ao seu posicionamento oficial anterior? Imperioso ressaltar que, nesse aspecto, a questão guarda maior identidade com os institutos da eficácia "*erga omnes*" e da coisa julgada do que com o efeito vinculante. Assim, a eficácia "*erga omnes*" e a coisa julgada impedem a rediscussão da constitucionalidade do mesmo ato normativo, ainda que por iniciativa de outro

legitimado. Porém, ressalta-se que, ao contrário do efeito vinculante, a eficácia "*erga omnes*" e a coisa julgada influenciam somente o dispositivo da sentença e não sua fundamentação.

Ressalva-se, por fim, a possibilidade de haver uma mutação constitucional, a qual ocorrendo, e de forma excepcional, permitiria a rediscussão da constitucionalidade do mesmo ato normativo novamente perante o STF.

## 8. **OUTROS INSTITUTOS PROCESSUAIS**

Diversos são os institutos processuais inseridos no ordenamento jurídico pátrio com a finalidade de atribuir aos precedentes judiciais caráter obrigatório e vinculante, objetivando prestigiar o princípio da segurança jurídica.

O primeiro que podemos mencionar é o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto de maneira inaugural em nossa legislação nos artigos 476 a 479 da Lei Federal n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil Brasileiro anterior.

O escopo do referido incidente de uniformização de jurisprudência é manter a uniformidade do entendimento sobre matéria de direito dentro do mesmo tribunal, garantindo uma desejada isonomia no tratamento de matéria com a mesma tese jurídica discutida.

No Código de Processo Civil em vigor (Lei Federal n° 13.105/2015), há apenas uma previsão genérica em seu art. 926 e relegando a disciplina do instituto aos regimentos internos de cada tribunal.

Na denominada Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei Federal n° 10.259/2002), em seu artigo 14, *caput* e seus parágrafos, também houve a previsão do referido incidente com o mesmo objetivo do seu precursor no Código de Processo Civil de 1973.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil anterior, verificou-se a tendência de uma maior racionalização nos julgamentos, notadamente quanto às causas com a mesma tese de direito, atribuindo a mesma fundamentação jurídica nas decisões e prestigiando a uniformidade, a isonomia e a segurança jurídica.

Visando a uniformização da jurisprudência e em decorrência dessa política judiciária foram inseridas no Código de Processo Civil de 1973 diversas regras dos artigos 285-A; 515, § 1º; 518; 527, I; 543-B; 543-C; 557, § 1º; bem como do artigo 102, do §3º da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Federal nº 11.418/2006, onde se previu o instituto da "repercussão geral", no qual cabe ao recorrente demonstrar que o objeto supera os interesses subjetivos da causa; além da criação da súmula vinculante em matéria constitucional, conforme o artigo 103-A da CF/1988, que será tratada mais detidamente adiante.

Nessa esteira, o atual Código de Processo Civil em vigor trouxe nos seus artigos 976 a 987 o instituto denominado *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* cabível "quando houver (...) risco de ofensa à ***isonomia*** e à ***segurança jurídica*** (grifamos)".

É nítida a crescente tendência de uma maior absorção dos institutos inerentes ao "*common law*" pelo direito brasileiro, onde se buscam novas soluções pautadas pelo pragmatismo, denotando um caráter menos individualista às soluções judiciais.

## 9. **SÚMULA**

A súmula teve sua origem no Brasil na década de 1960, visando reduzir o número de processos pendentes de julgamento sobre questões idênticas, mediante previsão no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, com a possibilidade de sua edição restrita a esse tribunal. A primeira previsão legal veio com o Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 479.

Apesar de consistir em uma quebra da dogmática com base na norma legislada, os enunciados de súmula são distintos do precedente obrigatório, sendo que seu alcance também é menor, pois como regra, a força de seu enunciado é imposta para o próprio tribunal que a emitiu, tendo caráter meramente persuasivo quanto aos demais órgãos jurisdicionais.

## 10. **SÚMULA VINCULANTE**

José Afonso da Silva[15], valendo-se das esclarecedoras palavras de João Mendes Júnior, ensina-nos que as súmulas vinculantes são uma versão moderna dos assentos obrigatórios, cuja adoção foi proposta pelo congresso nacional durante o período do Brasil Império:

> Não confundamos os arestos com os Assentos. Os Assentos são atos do Poder Judiciário, não resolvem litígios *hic et nunc*, isto é, são determinações sobre a inteligência das leis, quando na execução delas ocorrem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes: os arestos são casos julgados entre certas e determinadas partes litigantes. Os Assentos associam o Poder Judiciário ao Poder Legislativo, ao passo que os arestos mantêm o Poder Judiciário na esfera de suas atribuições: os Assentos são leis, ao passo que os arestos são simples exemplos que podem ser seguidos ou não em casos semelhantes e que não obrigam senão as próprias partes.

Já afirmamos que a súmula vinculante ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional n° 45/2004, conhecida como "Reforma do Judiciário" e que acresceu à Constituição Federal de 1988 o artigo 103-A.

Conforme se depreende do aludido dispositivo constitucional, a competência para editar tal súmula é restrita ao Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Todavia, a

15 Ob. Citada, p. 565.

constituição permite a provocação do STF para edição de súmula por aqueles que gozam da prerrogativa de propor as ações diretas, podendo o rol ser alargado por ato infraconstitucional.

Para a emissão de enunciado de súmula vinculante, devem ser observados os seguintes pressupostos: a) reiteradas decisões sobre matéria constitucional; b) controvérsia atual entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração pública; c) que verse sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas; e d) grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

## 11. **DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS A RESPEITO DA CRIAÇÃO DE SÚMULAS**

A institucionalização da mutação constitucional por meio da previsão de súmulas vinculantes veio, prudentemente, atrelada a algumas limitações formais e materiais expressas na referida emenda nº 45/2004.

A rigidez característica da Constituição Federal de 1988, o princípio da separação de poderes e a própria segurança jurídica não poderiam admitir estrutura diversa para as súmulas vinculantes, as quais galgaram de imediato posição de destaque entre as fontes[16] do direito brasileiro. A questão que nos cabe levantar é se estaria a edição de súmulas vinculantes também subordinada a limites materiais outros e circunstanciais, ainda que não expressamente previstos no texto constitucional, ou se tal suposição seria descabida.

Bem conhecemos o alcance da interpretação normativa e, por consequência, da mutação constitucional. O Supremo Tribunal Federal, como interprete maior da Constituição Federal de 1988 e, agora, armado da súmula vinculante (que pode inclusive ser iniciada de ofício) possui poder e instrumentos legais suficientes para provocar alterações substanciais no sistema jurídico, com agilidade muito superior a qualquer proposta de emenda constitucional.

Ora, neste ponto, faz-se imprescindível ressaltar a máxima jurídica *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositivo,* a qual traduz-se como: "onde a razão da lei é a mesma, igual deve ser a disposição".

O que motivou o Poder Constituinte a estabelecer limitações ao poder reformador foi a estabilização da supremacia constitucional e o repúdio à onipotência da maioria, de modo a

16 REALE, Miguel. Ob. Citada. p. 167: "Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que declara ser 'de direito' no caso concreto." (...) "Pela palavra 'jurisprudência' (stricto sensu) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões do tribunal)."

afastar os riscos de retrocesso ao ponto que se verificou no período que antecedeu a 2ª Grande Guerra. Nas palavras de Luigi Ferrajoli[17]:

> Os direitos fundamentais e, portanto, as normas constitucionais em que eles consistem, precisamente porque são direitos de todos e de cada um, não podem ser suprimidos nem limitados pela maioria. Na verdade, a maioria não pode dispor daquilo que não lhe pertence.

Assim, a Constituição Federal representa direitos individuais consagrados pela nação, através de escolha feitas durante a constituinte, pelos representantes populares. Esses direitos fundamentais não são disponíveis e não podem ser suprimidos, quer pelas maiorias (por meio de Proposta de Emenda Constitucional, levada a cabo por representantes do povo) quer pelo poder Judiciário, na qualidade de intérprete das normas constitucionais.

*1- Das Limitações Formais.*

Em compasso com a mencionada restrição de atores que detêm a competência necessária para dar início ao processo legislativo de alteração formal da Constituição Federal (emendas), a alteração da interpretação constitucional pelo guardião supremo e intérprete maior da norma fundamental brasileira também fica restrita a elenco limitado quando pretende estabelecer súmulas capazes de vincular todo o Judiciário e a administração pública.

É certo que – mesmo neste direito tradicionalmente ligado a constituições escritas, codificação legal e, enfim, distante do "*common law"* – o fenômeno da mutação constitucional não surgiu a partir da súmula vinculante e nem a esta está restrito. Inegável a força determinante que decorre de jurisprudência coerente e coesa, cultivada de forma não coordenada pela reunião de decisões judiciais no controle difuso de constitucionalidade, proferidas em diversos juízos e tribunais brasileiros, a caracterizar verdadeira fonte de direitos.

A característica distintiva que foi atribuída a essa especial manifestação do Supremo Tribunal Federal, pela positivação da sua estrutura formal é, justamente, o alcance determinante "em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Para a garantia dessa obediência estrita dos poderes judiciário e executivo, direto e indireto, aos ditames da Súmula Vinculante a Emenda Constitucional 45 previu o mecanismo da reclamação, que constitui em tese instrumento de acesso direto do cidadão ao Supremo Tribunal Federal, com o intuito de garantir a aplicação do conteúdo das súmulas vinculantes (Art. 103-A - § 3º da CF).

---

[17] FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Pela própria razão dessa força diferenciada das súmulas e da reserva de legitimidade ao STF para a sua edição, revisão ou extinção, o constituinte propôs que o nascimento desses assentos especiais dependerá necessariamente de medida ativa de certos legitimados – que agirão sempre com um propósito claro e determinado – de provocar o Supremo Tribunal Federal a estabelecer uma interpretação inequívoca a respeito da Constituição ou de norma infraconstitucional confrontada com a carta magna (Lei Federal 11.417/2006).[18]

Ademais, a criação, alteração ou extinção de súmula (uma vez rompida a inércia pela provocação dos legitimados ou pela atuação do próprio STF) seguirá rito próprio e especial, devendo contar com quórum especial que consistirá na aprovação por, no mínimo, 2/3 (dois terços) do pleno do Supremo Tribunal Federal, ou seja, voto favorável de 8 ministros.

Apesar de referido quórum para aprovação de súmula vinculante (66,66%) demandar percentual mais elevado do que o relativo à promulgação de Proposta de Emenda Constitucional (60%), no primeiro caso a maioria qualificada pode, em circunstância especial, ser atingida mais facilmente em decorrência da quantidade diminuta de pessoas que integram o órgão. Essa fragilidade, pode ainda se agravar se considerarmos a sistemática de indicação dos ministros que não garante necessariamente diversidade de ideais no órgão máximo do poder judiciário.

*2- Dos Limites Materiais.*

O poder constituinte reformador, autor da Emenda Constitucional nº 45, delimitou o conteúdo das súmulas como sendo o esclarecimento a respeito da "validade, interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica" (Art. 103-A - § 1º).

Iniciado o processo especial, o Supremo Tribunal Federal deverá se limitar a dar interpretação, examinar a validade ou a eficácia de normas determinadas.

Nesse ponto, faz-se uma ressalva e cabe a proposta de uma interpretação da regra constitucional relevante. Dado o caráter político da constituição, esta é ordenada pelo princípio da coloquialidade, pelo que os seus termos "devem ser utilizados em seu significado

---

18 I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; X - o Defensor Público-Geral da União; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares; e XII - O Município, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte; XIII – O próprio STF, atuando de ofício.

idiomático, coloquial, sem tecnicidade."[19] Assim, é razoável acreditar que onde o poder constituinte se referiu a validade, eficácia e interpretação, quisesse se referir a mais: validade (constitucionalidade, legalidade, legitimidade), vigência (temporal e territorial), eficácia, interpretação (em qualquer de suas modalidades), construção (judicial ou administrativa).

Mas o Supremo Tribunal Federal estará, necessariamente, obrigado a verificar a ocorrência de pressupostos constitucionais fáticos, que passamos a reproduzir:

(i) a existência de real controvérsia acerca da aplicação de normas entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública;
(ii) grave insegurança jurídica como decorrência da controvérsia; e
(iii) relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Vale dizer: onde não houver controvérsia de aplicação de normas, onde a controvérsia não for suficiente para causar grave insegurança jurídica ou se dela não resultar concreta e relevante multiplicação de processos, não haverá espaço para a edição ou alteração de poderosa súmula vinculante.

Como já referimos acima, onde os fatos são coincidentes, a lei deve dispor de forma simétrica. Assim, embora não tenha constado da Emenda Constitucional nº 45/2004 subordinação literal das súmulas vinculantes aos limites materiais referidos no Art. 60, § 4º (cláusulas pétreas), tendo em vista ser a mutação constitucional comparável ao poder reformador, não poderá ser objeto de deliberação qualquer proposta de enunciado tendente a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais, sob pena de inconstitucionalidade.

Podemos ir além, e afirmar que haveria também uma limitação implícita que incidiria sobre essa limitação material acima deduzida, que consistiria na vedação de edição de súmula vinculante capaz de, obliquamente, afastar os rigores do procedimento legislativo de emenda constitucional previstos no texto original da carta de 1988.

*3- Dos Limites Circunstanciais.*

Pelos motivos que nos levam a acreditar serem cabíveis os limites materiais à edição de súmula, entendemos ser temerosa a condução de procedimento que vise a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante durante a vigência de estado de exceção. É que, conforme já aludido acima, a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio arrastam-se por momento caracterizado pelo desiquilíbrio das instituições do Estado, o que poderia levar a decisões equivocadas também por parte do Poder Judiciário, capazes de alterar radical e rapidamente a aplicabilidade da Constituição Federal.

---

19 ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015. p. 127.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É reconhecida a possibilidade, em tese, de existência de Emendas Constitucionais inconstitucionais, as quais também ficariam sujeitas a controle de constitucionalidade. A respeito do tema Alexandre de Moraes[20]:

> Tal fato é possível, pois a emenda à Constituição é produzida segundo uma forma e versando sobre conteúdo previamente limitado pelo legislador constituinte originário. Dessa maneira, se houver respeito aos preceitos fixados pelo Art. 60 da Constituição Federal, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com status constitucional, devendo ser compatibilizada com as demais normas originárias. Porém, se qualquer das limitações impostas pelo citado artigo for desrespeitada, a emenda constitucional será inconstitucional, devendo ser retirada do ordenamento jurídico através das regras de controle de constitucionalidade, por inobservarem as limitações jurídicas estabelecidas na Carta Magna.

A institucionalização do outrora "poder constitucional difuso", atribuindo-o a um órgão do Poder Judiciário pode ter representado inconstitucional alteração da carta magna brasileira por afrontar a tripartição de poderes (Art. 60, § 4º, III). É certo que essa alteração constitucional, se maliciosamente manipulada, importará uma "dupla revisão" disfarçada, na medida em que: (i) pode ter criado forma oblíqua de emendar a constituição, atribuída ao Supremo Tribunal Federal (distante da cidadania)[21]; e (ii) pode permitir, sob a alegação de uniformizar interpretações, que o Poder Judiciário estabeleça o "real sentido" da constituição, a que estarão compelidos a aderir os órgãos dos poderes administrativo e judiciário.

Ora, a Emenda Constitucional 45 deve ser avaliada no sentido de ter ou não rompido os limites materiais implícitos de alteração constitucional, em especial por institucionalizar ao STF poderes análogos aos que tradicionalmente eram exclusivos do poder reformador, conferindo tremendo poder à interpretação da lei com imposição de assento de observância obrigatória ao Judiciário e Executivo, inclusive mediante a iniciativa do próprio STF.

Resta-nos confiar na consciência de notáveis juristas de reputação ilibada, membros do Supremo Tribunal Federal e torcer para que estes, ao se utilizarem do instituto da Súmula Vinculante sempre interpretem o artigo 103-A da Constituição Federal em conformidade com o Princípio da Separação de Poderes, evitando a deturpação dos sentidos confiados pelo constituinte originário às cláusulas pétreas. Do contrário, seremos reféns do Poder Judiciário.

Não deixa de ser no mínimo temerária, diante do princípio rogatório que orienta toda a atuação do Poder Judiciário e preserva a separação de poderes, a previsão da atuação de ofício do Supremo Tribunal Federal em questões relacionadas à edição, alteração e cancelamento de

---

20 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

21 Luís Roberto Barroso destaca críticas dirigidas à expansão do ativismo judicial, em especial em razão da formação elitista do poder judiciário por cidadãos não eleitos pelo povo (Ob. Citada, p. 40).

súmulas vinculantes, ponto que mereceria emenda constitucional para a exclusão de tal iniciativa (ou, ao menos, restringi-la a questões relacionadas à interpretação do estatuto da magistratura, regimentos internos e outras questões "*interna corporis"* do Poder Judiciário).

Deve prevalecer a súmula vinculante como instrumento utilizado com moderação pelo Supremo Tribunal Federal, respeitando a função exclusiva do poder reformador, titularizado pelo povo e exercido por seus representantes mediante deliberação do Poder Legislativo. O abuso importará afronta aos limites materiais ou (a depender do caso) implícitos com relação à alterabilidade da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACHIEGA, Marcus Vinicius (Org.); BRAGA, Rogério Piccino (Org.). **Estudos da teoria da constituição**. 1. ed. Bandeirantes, PR: Redige Produção Editorial, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**.São Paulo: Saraiva, 1997;

BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. v.4. 2.ed. Paris: LGDJ, 1969.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 1. ed., 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008.