

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA III**

**ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA**

**FLAVIO BARBOSA QUINAUD PEDRON**

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriçuba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Angela Araujo da Silveira Espindola; Flavio Barbosa Quinaud Pedron – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-632-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



## **XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III**

---

### **Apresentação**

Nesta edição, o GT Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III se destacou pela sintonia entre as abordagens dos trabalhos apresentados, demonstrando, que com a promulgação no CPC/2015, alguns temas acabaram por serem colocados em um spotlight epistêmico.

Um eixo comum de reflexão apresentado perpassa o reconhecimento de que o CPC/2015 pode se transformar em um importante instrumental para o combate ao mal instalado pela chamada “jurisprudência” lotérica. Assim, uma aposta clara parece ser o desenvolvimento de mecanismo que promovam uma padronização decisória.

Nessa lógica, JAQUELINE MARIA RYNDACK e ELIZEU LUCIANO DE ALMEIDA FURQUIM nos apresentam um texto no qual se procura demonstrar a necessidade do abandono de visões arcaicas acerca do papel do julgador e da leitura igualmente problemática sobre os princípios que disciplinam a atividade jurisdicional. Defendem o princípio da Parcialidade Positiva do julgador como forma de melhor correlacionar a justiça da decisão a uma leitura mais adequada da igualdade entre os sujeitos do processo.

Igualmente, GABRIEL DE CARVALHO PINTO nos traz um texto que aborda como ponto central a insegurança decisória e sob o prisma da análise econômica, para chegar a conclusão de que microssistema de precedentes gerará estabilidade; e isso será positivo para a economia, contudo, anda falta um maior número de julgamentos para avaliarmos.

Seguindo essa lógica, CRISTIANO BATISTA e PATRÍCIA BARBOSA NOGUEIRA apresenta uma investigação acerca do art. 927 do CPC/2015 e da suposta alegação que este

Relevante o trabalho de DANIEL ANDRADE PINTO, que escreve acerca dos aspectos históricos do controle de constitucionalidade, estrutura normativa das súmulas vinculantes e as críticas de Lênio Streck, em “Verdade e Consenso”. Demonstra que súmulas vinculantes são discursos contra fácticos que se distanciam da realidade, ficando apenas no plano da validade. Equiparam-se à lógica de produção de regras por um Legislativo, esquecendo-se que súmulas se aplicam aos fatos.

Outro tema de recorrência no nosso GT, nesta edição foi a promoção de estudos e reflexões acerca do papel das normas fundamentais trazidas pelo CPC/2015, em seus quinze primeiros artigos e os princípios formadores do devido processo legal (bem sua constitucionalização pela Constituição de 1988).

Assim, VANESSA MASCARENHAS DE ARAÚJO nos traz um texto preocupado em travar uma discussão sobre o fato de que as normas fundamentais se traduzem em direitos constitucionais fundamentais. A partir de um caprovso prático – o Caso Belo Monte – demonstra como a violação de direitos fundamentais da população indígena acaba ocorrendo, sem que, contudo, seja garantido o devido processo.

Já ZAYDA TORRES LUSTOSA COELHO abre seu texto analisando a Petição (PET) n. 3388 e ADI n. 3239, para questionar qual o papel do judiciário para dar a melhor resposta em conflitos envolvendo questões étnico-culturais, como o caso indígena e quilombola, dos processos mencionados. Lembra que o modelo do Processo cooperativo deve resignificar o conceito de contraditório e o dever de fundamentação, de modo que as partes passam agora para um papel ativo, já que sua argumentação deve ser levada em conta para a melhor decisão judicial.

Igualmente relevante é a contribuição de JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, que abre uma importante discussão sobre se existe efetiva diminuição do tempo do processo com o advento do CPC/2015? Em seu texto, elaborará críticas à terminologia “cumprimento de

Logo, THIFANI RIBEIRO VASCONCELOS DE OLIVERIA nos traz um texto que prima pela crítica da concepção de que a mediação não pode ser reduzida e atrelada apenas para a garantia de celeridade e de “desafogamento” do judiciário. Para tanto, faz uma análise das inovações trazidas pela legislação sobre mediação. Em seu argumento destaca-se a defesa de se buscar de um empoderamento dos sujeitos litigantes, para que sejam capazes, como sujeitos autônomos, de solucionar esses conflitos, sem a participação estatal. Mas para tanto, faz-se premente a necessidade de implementação de uma mudança de mentalidade, para se valorizar o sistema multiportas, direcionando-se para conflito para o mecanismo mais adequado para a sua solução.

Já NIVALDO SOUZA SANTOS FILHO e FLAVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA corajosamente se propõem a discutir, em seu texto, o PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE como categoria jurídica – vetor de uma nova cultura de resolução de conflitos – dentro do ambiente processual. O texto tem o objetivo identificar e avaliar de que medida o princípio da fraternidade vai refletir em uma nova concepção para o processo civil. Lembra que Ayres Britto é precursor no Brasil da defesa de um maior humanismo jurídico. A defesa é que a fraternidade está assentada em um reconhecimento da igual dignidade humana. Isso reflete-se também no sistema de precedentes enquanto exigência de igual tratamento decisório. Em conclusão, tem-se que a fraternidade se mostra como uma proposta contra o individualismo de nossos tempos modernos.

Avançamos no sentido em deixarmos de lado concepções arcaicas da Teoria Geral do Processo, que reduziam o processo a uma instrumentalização da atividade jurisdicional. E a partir desse ganho qualitativo teórico, abre-se um novo campo de estudo e de pesquisa acerca da busca por construções decisórias cada vez mais legítimas e democráticas.

Cabe destacar que ANTONIO CALROS APOINÁRIO DE SOUZA CARDOSO e ROBERTO APOLINÁRIO DE SOUZA CARDOSO produziram um texto acerca do

GIERCK GUIMARÃES MEDEIROS destaca, em seu texto, a importância normativa do princípio da celeridade. A tônica dos precedentes estaria incluída na busca por previsibilidade, rapidez de julgamento, assim como a aplicação de filtros recursais como a repercussão geral ou o julgamento de recursos repetitivos. Isso retira o espaço do livre convencimento do magistrado em troca de um ganho de celeridade. Compara o texto original do CPC/2015 e a sua respectiva reforma pela Lei 13.256/2016. Questiona se tais mudanças efetivamente colaboram para o respeito do princípio da efetividade. Proposta não é a retirada do juízo de admissibilidade, mas de reformar o CPC para prever que o CPC fosse alterado para que o colegiado prolator da decisão realize o juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Já THIAGO PASSOS TAVARES apresenta uma reflexão acerca da tutela provisória, suas modalidades, requisitos e espécies.

Em ANA CAROLINA BUENO FERRER e PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA nos apresentam um breve histórico do direito a saúde nas Constituições brasileiras e na legislação. Tecem um paralelo entre o artigo 273 do CPC/73 e o atual CPC/15, com o objetivo de destacar a figura da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente.

De maneira inovadora, RODRIGO ANDRES JOPIA SALAZAR elabora uma análise das estabilidades processuais, partindo da estabilização da tutela provisória antecipada antecedente. Primeiro, porque o art. 304 do CPC parte do paradigma da coisa julgada para explicar a estabilização processual. O sistema novo demanda uma reflexão dos conceitos antigos. Traça um paralelo, então, da estabilidade dos precedentes, como solução para expectativa normativa no tempo. Uso do Antônio do Passo Cabral. Com o confronto da coisa julgada, analisando com a doutrina da coisa julgada, faz uso de Barbosa Moreira e da doutrina norte-americana.

Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Professora Adjunta do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Editora da Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Membro da Associação Brasileira do Ensino do Direito (Abedi). Membro Fundadora e Secretária Geral da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogada e Consultora.

Flávio Quinaud Pedron

Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito e da Graduação do Centro Universitário de Guanambi (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Adjunto do IBMEC. Editor-Chefe da Revista de Direito da Faculdade Guanambi. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Advogado.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, SÚMULA VINCULANTE E A CRÍTICA DE LENIO LUIZ STRECK EM “VERDADE E CONSENSO”

## CONSTITUTIONAL JUSTICE, BINDING PRECEDENT AND LENIO LUIZ STRECK'S CRITICISM IN “VERDADE E CONSENSO”

Daniel Andrade Pinto <sup>1</sup>

### Resumo

O presente artigo traz o instituto das súmulas vinculantes e a crítica de Lenio Luiz Streck na obra “Verdade e Consenso”. Na primeira parte, registramos as cenas iniciais do papel exercido pelas Cortes de Justiça Constitucional. Posteriormente, indicamos os contornos do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Na sequência, recordamos o conceito, a finalidade, o objeto e os efeitos do instituto das súmulas vinculantes, contrapondo, por fim, à posição crítica.

**Palavras-chave:** Justiça constitucional, Súmula vinculante, Crítica, Contrafactual, Lenio luiz streck

### Abstract/Resumen/Résumé

The present article brings the institute of binding precedents and the criticism of Lenio Luiz Streck in the work “Verdade e Consenso”. In the first part, we record the initial scenes of the role played by the Constitutional Justice Courts. Subsequently, we indicate the outlines of the brazilian model of constitutional control. Next, we recall the concept, purpose, object and the effects of the institute of binding precedents, in contrast to the critical position.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional justice, Binding precedent, Criticism, Counterfactual, Lenio luiz streck

## 1. INTRODUÇÃO

O instituto das súmulas vinculantes requer novas reflexões críticas porque está em ascendência no Supremo Tribunal Federal que, até 9 de abril de 2018, editou 56 súmulas vinculantes.

Na primeira parte deste artigo procuramos mostrar que é a partir de Constituições, em um mundo então marcado pelo positivismo iluminista, que surgem, no início do século XX, as Cortes de Justiça Constitucional, isto é, guardiões ou protetores dos valores mais importantes de comunidades nacionais.

Por isso, definimos constitucionalismo e mostramos de que forma as Cortes constitucionais exercem o controle de constitucionalidade das leis.

Prosseguindo, indicamos os principais contornos do modelo de jurisdição constitucional brasileiro. Discorremos sobre as principais ações constitucionais de modo a permitir a compreensão do instituto das súmulas vinculantes no Brasil, que foi criado pela Emenda Constitucional 45/2004.

Nesse ponto, apresentamos o conceito, a finalidade, o objeto e os efeitos do instituto.

A partir desse aporte teórico, trazemos a lume a posição crítica de Lenio Luiz Streck em “Verdade e Consenso”<sup>1</sup>, a qual parte da obra “Teoria da Razão Comunicativa” de Jürgen Habermas<sup>2</sup>: a súmula vinculante é um sintético discurso judicial, geral e abstrato, destinado à aplicação e solução de lides futuras, nos termos da Filosofia da Consciência? Isso é necessário para garantir e efetivar a Constituição? E o controle de constitucionalidade? Tudo isso não parece mais um estado de natureza hermenêutico, como diria Thomas Hobbes?

Então, vejamos como tratar todos esses problemas.

---

<sup>1</sup> Lenio Luiz Streck é Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, em Portugal. Também, é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio Sinos - UNISINOS, no Rio Grande do Sul. A obra utilizada para a referida análise crítica indicada no título do presente artigo é “Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas”, conforme referências bibliográficas.

<sup>2</sup> Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão. A Teoria da Razão Comunicativa pode ser resumida no seguinte fragmento da obra de HABERMAS, *Direito e Democracia* (2012, p. 21): “A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa à motivação e à condução da vontade. A normatividade no sentido da orientação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. Normatividade e racionalidade cruzam-se no campo da fundamentação de intelecções morais, obtidas num enfoque hipotético, as quais detêm uma certa força de motivação racional, não sendo capazes, no entanto, de garantir por si mesmas as transposição das ideais para um agir motivado”.

## 2. A INVASÃO DE CONSTITUIÇÕES PELO MUNDO E A PROTEÇÃO DAS CORTES DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

As primeiras concepções de jurisdição constitucional surgiram no início do século XX. O constitucionalismo provocou uma verdadeira invasão de Constituições sobre o reinado do positivismo, cujo fundamento é o absolutismo das leis do Parlamento e do qual decorre o paradigma declaratório do provimento jurisdicional, isto é, o juspositivista aborda o direito de modo avalorativo, abstendo-se de formular juízos de valor.

Norberto Bobbio (2006, p. 135) explica que: “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.

Nesta linha, Ovídio A. Batista da Silva (2006, p. 86) afirma que:

A crença de que o direito deveria possuir, como a matemática, uma estrutura objetiva que o arbítrio não poderia mudar; que, antes de existirem leis produzidas pelo Estado, já havia relações de justiça possíveis, foram idéias continuamente sustentadas por Montesquieu. Segundo ele, afirmar que nada existe de justo nem de injusto fora do que ordenam ou defendem as leis positivas é o mesmo que dizer que antes de ser traçado um círculo seus raios não eram todos iguais. Essa analogia entre a moral, o direito e a geometria foi, como vimos, a idéia predominante no pensamento dos filósofos do século XVIII.

Este é o paradigma declaratório do direito.

Um tempo depois, na maior parte dos países, dá-se início a um verdadeiro levante gerador de constituições, isto é, um movimento jurídico-político que, por meio da limitação e organização do exercício do poder do Estado e da afirmação secular da dignidade da pessoa humana, busca o pleno exercício da cidadania e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais (PINTO, 2015, p. 33).

Refere-se a isto, por evidência, a conceito de constitucionalismo.

Para Lenio Luiz Streck (2011, p. 37) “constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”.

Formalmente, Nicola Matteucci define Constituição como:

Conjunto de princípios que se situam no vértice de qualquer sistema normativo, relativos a um número variado de entes, tais como os Estados, as organizações internacionais, a comunidade internacional. Qualquer ser, público ou privado, tem seus princípios básicos indispensáveis e, por isso, uma Constituição própria; mas só os seres chamados originários (isto é, autolegitimados) se consideram portadores de uma Constituição, que vale e opera também para todos os derivados, que se justificam por ela, estando diversamente vinculados ao ordenamento do ser originário e dependendo dele (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2007, p. 259).

De qualquer forma, não restam dúvidas de que a democracia praticada em Estados constitucionais pós-modernos requer uma justiça constitucional que garanta a efetividade dos direitos e princípios fundamentais estabelecidos na fundação do Estado. Note-se que a contramajoritariedade dos direitos fundamentais representa o núcleo político da Constituição e sua efetividade depende de Cortes constitucionais. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck (2011, p. 76-77) explica que:

A regra contramajoritária, desse modo, vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição, representado pelo compromisso – no caso brasileiro, tal questão está claramente explicitada no art. 3º da Constituição – do resgate das promessas da modernidade, que apontará, ao mesmo tempo, para as vinculações positivas (concretização dos direitos prestacionais) e para as vinculações negativas (proibição de retrocesso social), até porque cada norma constitucional possui diversos âmbitos eficazes (uma norma pode ser, ao mesmo tempo, programática no sentido clássico, de eficácia plena no sentido prestacional ou servir como garantia para garantir o cidadão contra os excessos do Estado).

Portanto, num primeiro momento, as Constituições surgem como meio de garantir a liberdade dos cidadãos em face de monarquias tirânicas. Posteriormente, imprime-se os valores de igualdade e de fraternidade. Na sequência, criam-se Estados democráticos de direito pautados por valores sociais – eras de direitos (Bobbio)

Entretanto, o grande problema era a necessidade de rever e corrigir as falhas do produto do Parlamento em face das Constituições, ou seja, era indispensável um sistema de controle de constitucionalidade das leis. Naturalmente, como forma de garantir sua aplicação, as Constituições previam a criação das denominadas Cortes constitucionais, que seriam responsáveis pela Justiça constitucional. Os dois primeiros modelos de jurisdição constitucional surgiram na Áustria e nos Estados Unidos da América. Kelsen foi o mentor do modelo austríaco, o qual foi implantado em quase todos os países da Europa. Por sua vez, o modelo americano influenciou diversos ordenamentos jurídicos na América Latina. Também existem os denominados modelos mistos, isto é, modelos de jurisdição constitucional que possuem elementos tanto do modelo europeu como do modelo americano.

A principal diferença entre o modelo europeu e o modelo americano decorre da concentração ou não em um único órgão ou Corte do controle da vontade do parlamento em relação a uma Constituição.

Louis Favoreu explica que o controle concentrado europeu pode ser agrupado conforme sistemas de controle por via de ação e por remessa do processo pelos tribunais

inferiores à Corte, ou de contencioso objetivo e subjetivo. O contencioso por via de ação é aquele que é acionado pelas autoridades políticas. Pode ser repressivo ou preventivo, pois se refere sempre objetivamente a uma lei, antes ou depois de promulgada, já que a lei existe desde o momento em que é votada. E o efeito das decisões das Cortes é vinculante e *erga omnes*. No modelo europeu merecem destaque o recurso constitucional alemão, o amparo espanhol e o recurso contra os atos administrativos perante a Corte austríaca. Há uma característica comum entre eles: é a própria Corte que faz o controle de constitucionalidade e recebe o recurso (a partir de um caso particular) de ofício, por iniciativa própria (FAVOREU, 2004, p. 34-39).

Por sua vez, o Brasil, desde a Constituição de 1891, adotou um modelo misto de jurisdição constitucional. Encontram-se aqui elementos do controle difuso americano e do controle concentrado de constitucionalidade europeu. Para Luis Roberto Barroso (2012, p. 206), o controle concentrado é uma forma atípica de exercício da jurisdição. Trata-se de um processo objetivo que visa a proteção do ordenamento jurídico e não de questões subjetivas ou *inter partes*. Os principais recursos para o controle de constitucionalidade no Brasil em sede de controle abstrato são a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a ADI por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Na ADI brasileira, a parte autora indica os atos infraconstitucionais que considera incompatíveis com a Constituição e as razões, enquanto a Corte Suprema limita-se a atuar como legislador negativo: paralisando a eficácia da norma existente. A ADI tem por objeto as leis e os atos normativos federal ou estadual, quando em confronto com a Constituição, independentemente do caso concreto.

Em relação ao efeito das decisões, merece ser apontado aqui o fato de que após o trânsito em julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão torna-se imutável. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso explica que (2012, p. 232):

O acórdão que julga procedente o pedido limita-se a constatar a existência de um vício e a conferir certeza jurídica a esse fato, proclamando a invalidade da norma. E a decisão que julga o pedido improcedente contém em si a afirmação judicial de que o autor da ação não foi capaz de elidir a presunção de constitucionalidade da norma, que permanecerá no sistema jurídico, válida e eficaz.

Como referido, o modelo brasileiro também contempla uma espécie de ADI por Omissão, que visa a sanar o desencontro entre norma e realidade. A omissão decorre da não

adoção de condutas determinadas pela constituição. A partir da decisão da Corte, dá-se ciência ao Poder responsável e ordem à autoridade administrativa.

Por sua vez, na ADC é preciso que haja um estado de incerteza quanto à legitimidade da lei, isto é, quando a jurisdição ordinária passa a afirmar que determinada disposição é inconstitucional.

Gilmar Ferreira Mendes refere que a ADC possui um caráter uniformizador do entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna: não possui caráter consultivo (BRANCO; MENDES, 2017, p. 1.285-1.286):

Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo.

E mais,

Consagrou-se, portanto, na jurisprudência do Tribunal a exigência quanto à necessidade de demonstração da controvérsia judicial sobre a legitimidade da norma a fim de que se possa instaurar o controle abstrato de declaração de constitucionalidade.

Por fim, quanto à ADPF, cumpre anotar que ela tanto pode ocasionar a impugnação direta de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como questionar a aplicação de uma lei a uma situação concreta, de forma incidental.

Como se observa, o núcleo do tema jurisdição constitucional é o controle do produto do legislativo em face das Constituições por uma Corte, através de mecanismos de remessa semelhantes entre os diversos ordenamentos jurídicos.

### **3. AS SÚMULAS VINCULANTES**

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, o modelo de jurisdição constitucional brasileiro passou a contemplar um novo instituto: as súmulas vinculantes.

Neste item, veremos a origem das súmulas vinculantes no Brasil, além de sua definição, a finalidade, o objeto e o alcance do instituto.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o efeito vinculante não surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional 45/2004. Durante a colonização do Brasil, os assentos da Casa de Suplicação Portuguesa, isto é, as interpretações proferidas pela Corte em relação à aplicação das disposições previstas nas Ordenações Manuelinas e Filipinas possuíam efeito

vinculante. Mesmo após a Independência do Brasil, nos termos do Decreto nº 2.684, de 23/10/1875, os assentos da Corte Portuguesa ainda vigoravam por aqui. Os juízes ou desembargadores que decidissem em desconformidade com aqueles preceitos poderiam ser suspensos.

As súmulas, com a configuração atual, apareceram no ordenamento jurídico brasileiro em 1963, como uma tentativa de solucionar o excesso de demandas repetitivas no Supremo Tribunal Federal, o que se deu mediante uma emenda a seu Regimento Interno.

O termo *súmula* deriva do latim *summula*, que tem o significado de sumário ou índice. Na acepção jurídica do referido signo, *súmula* é um resumo extraído a partir das uniformizações jurisprudenciais de Tribunais.

O sucesso na utilização das súmulas foi tão grande que, com a publicação do Código de Processo Civil (CPC) em 1973, foi criado o incidente de uniformização jurisprudencial, autorizando-se a qualquer Tribunal do país a criar súmulas de sua jurisprudência:

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de *súmula* e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das *súmulas* de jurisprudência predominante.

Como se observa, o CPC de 1973 previa a possibilidade de Tribunais editarem *súmulas* uniformizadoras de seus precedentes.

A finalidade das referidas *súmulas* era evitar as constantes discrepâncias existentes nos julgamentos dentro de um mesmo tribunal, restringindo-se órgãos fracionários na interpretação do direito, que ficavam previamente direcionados à interpretação dada pelo órgão uniformizador.

Entretanto, Luiz Guilhermente Marinoni discorda e afirma que:

Para justificar as *súmulas*, aludiu-se à necessidade de ‘desafogar o Judiciário’, mas nunca se disse – ao menos antes da *súmula* vinculante’ – que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo desigual (MARINONI, 2011, p. 482).

Na prática, as *súmulas* serviam apenas para facilitar a resolução de casos fáceis. Eram compreendidas como normas gerais e abstratas, sem qualquer relação com os fatos e detalhes dos precedentes a partir dos quais eram geradas.

Em 2004, uma grande mobilização política culminou na Reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional 45, e posteriormente, em 2006, com promulgação da Lei nº 11.417, conforme veremos a seguir.

Antes de mais nada, é importante anotar que até 09/04/2018 o Supremo Tribunal Federal editara 56 súmulas vinculantes, o que permite concluir que o Tribunal mantém vigorosamente a utilização do instituto.

As súmulas vinculantes são normas prescritivas resultantes de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Eros Roberto Grau enfatiza a importância dessa definição, isto é, para o referido autor, a súmula vinculante é um texto normativo sujeito a interpretação, conforme a realidade. Nesse sentido, para explicar a diferença entre texto normativo e norma, ele cita como exemplo o art. 233, do CP de 1940, que tipifica o crime de ato obsceno, afirmando que (GRAU, 2014, p. 345):

Uma mulher que fosse à praia ou à piscina de maiô de duas peças, cavado, nos anos 40, certamente seria interpelada por alguma autoridade policial. O texto não foi alterado. Imagine-se, então uma mulher que hoje vá à praia ou à piscina – não a mesma mulher, naturalmente! – de *topless*. Essa mulher passearia incólume pela praia ou piscina, nenhuma autoridade policial a incomodando. O *texto normativo* é o mesmo, mas a norma que deve se extrair, desde a sua interpretação no quadro da realidade dos dias de hoje é outra. A primeira mulher há de ter envelhecido, mas o texto (= o direito, a Constituição) não terá envelhecido nem permanecido jovem. Será contemporâneo à realidade.

Com efeito, o texto normativo não tem uma natural relação com a realidade que representa. A partir do Círculo de Viena<sup>3</sup>, a linguagem passa a ser condição para criação e conhecimento de realidades, e não apenas um instrumento de conexão entre a mente humana e os objetos do conhecimento. Mas isso não significa que os dados brutos da vida circundante inexistam. Avançando, Aurora Tomazini de Carvalho ensina que:

As formações linguísticas têm sentido porque há regras específicas de manejá-las que são intersubjetivamente válidas e que determinam sua significação. O significado das palavras é estabelecido pelo seu uso na linguagem, sendo este determinado por certos hábitos linguísticos, de modo que aprender uma língua significa ter certo adestramento, ou seja, capacitar-se a dominar uma técnica de cumprimento de suas regras (CARVALHO, 2010, p. 34).

De fato, o significado das palavras depende da situação linguística em que elas são utilizadas.

Retornando à definição de súmula vinculante, Odemir Bilhalva Teixeira (2008, p. 76) afirma que se trata de:

Um resumo, uma ementa, uma síntese de essência do conteúdo de decisões de todos os casos parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma

---

<sup>3</sup> Trata-se de um grupo de debates que se reunia em Viena, na Áustria, no início do século XX, em forma de seminários para se discutir Filosofia da Ciência. Os fundadores do movimento são: Rudolf Carnap, Hans Hahn, Otto Neurath, Moritz Schlick.

proposição direta e clara, que estabelece uma subordinação obrigatória com as futuras decisões.

Por outro lado, é interessante observar que a expressão “efeito vinculante” foi importada pelo ordenamento jurídico brasileiro do modelo de controle de constitucionalidade norte-americano, que é caracterizado pela força vinculante dos precedentes judiciais.

Quanto ao objeto, a súmula vinculante poderá versar acerca da relação entre validade, interpretação e eficácia de atos normativos em face da Constituição. Isso quer dizer que o objeto de uma súmula vinculante pode abranger também a verificação de matérias infraconstitucionais no que diz respeito à compatibilidade do texto normativo com a interpretação conforme a Constituição. Assim, é preciso haver controvérsia sobre a validade de uma lei, isto é, sobre sua conformidade com a Constituição. Em relação à interpretação, é necessária a existência de diversidade de entendimento e aplicação de dispositivos legais a casos concretos.

O *caput* do art. 103-A, da Constituição, estabelece, dentre outras regras, um limite às matérias objeto de súmulas vinculantes:

Art. 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Como se observa, as súmulas vinculantes podem versar sobre aspectos formais e materiais da Constituição.

Neste ponto, merece destaque a possibilidade de edição de súmula vinculante que tenha como objeto aspectos das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, Ingo Wolfgang Sarlet explica que um dos principais desdobramentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a direção das ações do Estado Nacional:

Uma eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2013, p. 186).

A dupla dimensão e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais amplifica muito as matérias de que podem versar uma súmula vinculante.

Também, cumpre observar que a “controvérsia, além de ser atual e se originar de conflito entre órgãos do Poder Judiciário ou desses com órgãos da administração pública,

deve, ainda, acarretar grave insegurança jurídica e a possibilidade da ocorrência de ‘relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica’ (STRECK, 2013, p. 1428).

Contudo, uma grande polêmica surgiu em decorrência da “força” atribuída às súmulas vinculantes, no sentido de alcançar a eficácia de atos normativos infra-constitucionais.

Neste sentido, André Ramos Tavares (2009, p.40-41) afirma que:

O alcance conferido à realização da súmula foi impressionante, extrapolando a mera validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Constituição) para alcançar a eficácia de atos normativos. Para ficar mais claro: acresceu-se a possibilidade de (i) dispor sobre a eficácia, e (ii) ter como objetivo qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição.

Por outro lado, Márcia Regina Lusa Cadore (2007, p. 248) observa que, embora o efeito vinculante possa ser equiparado ao poder normativo, a súmula vinculante não tem natureza normativa:

Em que pese se possa reconhecer que a possibilidade conferida ao Supremo Tribunal Federal de atribuir efeito vinculante à súmula implica atribuir-lhe parcela de poder normativo, a súmula não pode ser equiparada à lei. Resulta, isso sim, da interpretação dessa. A súmula é ato jurisdicional, ao qual a Lei Maior atribuiu a capacidade de extrapolar as fronteiras da lide: é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei. Por isso a adequação da designação cunhada por Tesheiner: norma-jurisprudência.

De fato, o objeto das súmulas vinculantes é amplíssimo.

Em relação à natureza jurídica, a discussão divide-se resumidamente em dois pontos: alguns defendem que se trata de atividade jurisdicional típica, e outros que a essência da súmula vinculante é normativa, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, há quem defenda que a edição de súmulas vinculantes seja apenas uma atividade jurisdicional.

A propósito, é o que alega Osmar Mendes Paixão Côrtes (2008, p. 198):

Tenham as súmulas efeito vinculante ou não, o certo é que elas não brotam do nada e de nenhuma atividade criadora do Tribunal, em exercício de atividade legislativa em sentido estrito ou criadora de normas, como preceitos gerais destinados a regular as condutas sociais. Depois de reiteradas decisões em um mesmo sentido, todas fruto do julgamento de casos concretos a partir da aplicação de normas existentes, o Tribunal consolida o entendimento em um enunciado de forma sucinta e objetiva.

Como se observa, aqui a fonte da súmula vinculante é o Poder Judiciário.

Por outro lado, muitos acreditam que o instituto possui natureza normativa equivalente a uma lei. Assim, prepondera a abstração e a generalidade dos enunciados sumulares: são consideradas verdadeiras meta-normas emitidas pela cúpula do Poder

Judiciário, que atribuem sentido aos textos legais e regulam situações de modo geral, hipotético e com força impositiva.

Um outro ponto que merece reflexão é a questão da usurpação de poderes legislativos pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria exercendo a função de legislador positivo em ativismo judicial.

Alexandre de Moraes (2011/2012, p. 281) discorda:

Não há dúvidas de que a eficácia máxima das normas constitucionais exige a concretização mais ampla possível de seus valores e de seus princípios, porém, em caso de inércia dos poderes políticos, devemos autorizar a atuação subjetiva do Poder Judiciário (Luis Roberto Barroso), mesmo que isso transforme o Supremo Tribunal Federal em um super-legislador, pois imune de qualquer controle, que não seja a própria auto-contenção (judicial restraint), ou, devemos restringi-lo, para que não se configure flagrante desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional, usurpando, inclusive, função legiferante (Elival da Silva Ramos).

Mas não há dúvidas de que a edição de súmulas vinculantes usurpa a função legislativa, uma vez que o povo não delegou aos juízes o poder de editar normas com força impositiva, obrigatória e geral, com a mesma força de uma lei.

Nesse sentido, para Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 526):

A súmula vinculante possibilita que o Supremo Tribunal Federal defina o alcance, em abstrato, das normas editadas pelo Congresso Nacional, cujos efeitos irão atingir não só os litigantes, mas a sociedade em geral, comprometendo o próprio objeto do ato legislativo, a lei, esta sim de caráter geral, abstrato e obrigatório. Por isso é que a súmula vinculante contraria o princípio da separação dos poderes, já que é da competência do Poder Legislativo a função de legislar.

Assim, por um lado alguns defendem a edição de súmulas vinculantes, como forma de ampliar os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, por outro, existem posições contrárias, principalmente a de Lenio Luiz Streck, como veremos no item 4 deste trabalho.

O discurso da Reforma do Judiciário teve como pauta principal a celeridade processual e a eficiência na prestação jurisdicional. Um dos marcos mais importantes foi a

inclusão do art. 103-A na Constituição Federal de 1988, que permitiu que as súmulas, de caráter meramente consultivo, passassem a ser vinculantes<sup>4</sup>.

Por sua vez, temos a Lei 11.417/2006, que regulamenta o art. 103-A, da Constituição. Assim, no seu art. 3º, o legislador estabeleceu um rol de legitimados para propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante<sup>5</sup>.

Dentre o referido rol de legitimados, alguns deles apenas podem propor a edição, a revisão ou o cancelamento de uma súmula vinculante quando houver algum tipo relação de interesse, como, por exemplo, o Município, que deve ser parte em processo judicial para ter a referida legitimidade. Trata-se da tese da pertinência temática.

De fato, não seria lógico permitir que “instituições que não possuem legitimidade possam vir a exercer uma espécie de vigilância jurisprudencial sobre o Supremo Tribunal Federal. A aplicação da exigência da pertinência temática evita a utilização político-corporativa do instrumento” (STRECK, 2013, p. 1427).

Contudo, o parágrafo segundo, do art. 3º, da norma em referência, permite a participação de terceiros no julgamento da proposta de súmula vinculante no Supremo Tribunal Federal.

---

<sup>4</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>5</sup> Art. 3º, da Lei 11.417/2006. 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 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. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Um outro dispositivo que merece destaque é o art. 4º, da Lei nº 11.417/2006, que prevê a possibilidade de modulação de efeitos de súmulas vinculantes:

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

Em regra, a súmula vinculante tem eficácia imediata. Mas, excepcionalmente, o Tribunal poderá modular seus efeitos, restringindo determinados aspectos ou atrasando o momento em que deverá ser observado o texto sumular, conforme razões de segurança jurídica ou interesse público.

No que toca aos efeitos do cancelamento, não há regulamentação. Nesse sentido, o cancelamento da súmula vinculante possui eficácia imediata a partir da publicação na imprensa oficial.

Um outro ponto importante diz respeito a prerrogativa do Tribunal poder revisar ou cancelar de ofício um enunciado sumular, que tenha por base uma lei revogada ou modificada pelo Poder Legislativo.

Lenio Luiz Streck (2013, p. 1428) explica que a possibilidade constitucional de revisão ou revogação de uma súmula vinculante é que torna possível sua adequação em torno das demandas da sociedade.

Quanto aos procedimentos, é interessante anotar o que dispõe o art. 10, da Lei nº 11.417/2006:

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

De certa forma, o art. 10, da Lei nº 11.417/2006, estabelece mais um limite para edição, revisão e cancelamento de súmula vinculante: a Resolução nº 388, de 05 de dezembro de 2008. Contudo, para garantir os fins didáticos propostos no presente trabalho, convém citar aqui apenas seu art. 1º, uma vez que esta etapa é muito importante, já que se o texto for mal redigido poderá haver graves consequências:

Art. 1º – Recebendo proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula, vinculante ou não, a Secretaria Judiciária a registrará e autuará, publicando edital no sítio do Tribunal e no Diário da Justiça Eletrônico, para ciência e manifestação de interessados no prazo de 5 (cinco) dias, encaminhando a seguir os autos à Comissão de Jurisprudência, para apreciação dos integrantes, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, quanto à adequação formal da proposta.

Percebe-se que há uma sequência lógica no procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmulas: recebimento, registro, autuação, publicação, abertura de prazo para manifestação, apreciação.

Em suma, no que se refere ao procedimento de edição, revisão ou cancelamento, a proposta é direcionada ao Presidente do Tribunal, que a apresenta a uma Comissão composta por três Ministros, que verifica a adequação formal do projeto de súmula vinculante (PSV). Recebida a proposta, o Presidente a submete ao Plenário ou a arquiva. No Plenário, a edição, revisão ou cancelamento da PSV depende de decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Na sequência, o enunciado sumular será publicado no Diário da Justiça e no Diário Oficial da União, conforme art. 2º, § 4º, da Lei 11.417/2006.

Embora o Supremo Tribunal Federal deva seguir os enunciados sumulares, ele não está vinculado, uma vez que pode revisá-los ou cancelá-los.

Do mesmo modo, o Poder Legislativo não está vinculado aos efeitos das súmulas, uma vez que poderá promulgar nova lei, modificando o objeto.

Contudo, a súmula vincula o restante do Poder Judiciário e a Administração Pública nas três esferas: Federal, Estadual e Municipal.

Por fim, o art. 7º, da Lei nº 11.417/2006, prevê que cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal quando o enunciado vinculante não for cumprido ou for confrontado:

Art. 7º – Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

A Reclamação é um instrumento de garantia da vinculação dos efeitos da súmula vinculante.

#### **4. A POSIÇÃO CRÍTICA DE LENIO LUIZ STRECK EM “VERDADE E CONSENSO”**

Neste item, faremos algumas considerações sobre críticas apresentadas por Lenio Luiz Streck na obra “Verdade e Consenso” sobre o instituto das súmulas vinculantes no Brasil.

Em síntese, as críticas do autor giram em torno da problemática dos discursos contrafacticos e inseridos no aporte da filosofia da consciência.

Frente a teorias baseadas na filosofia da consciência, a busca pela resposta correta em direito torna-se uma necessidade indispensável. A resposta correta deve ser entendida como uma metáfora, isto é, uma forma de explicar melhor um outro fenômeno, utilizando-se da transferência de significados para comparação em imagens ou figuras, induzindo-se a compreensão a partir de um ponto universal. Isso traz como ponto de partida o estabelecimento de um grau mínimo de objetivação. De fato, através da metáfora do contrato social, Thomas Hobbes explica a necessidade de superar a barbárie medieval, representada pelo estado de natureza, à qual contrapõe a civilização (STRECK, 2011, p. 387-388).

Em um fragmento da obra *Leviatã*, Thomas Hobbes afirma que (2015, p. 156-157):

Isso significa mais do que um Consentimento ou Concordância; é uma Unidade real de todos em uma única Pessoa, feita pelo Pacto de todos os homens uns com os outros, como se cada homem devesse dizer a cada um dos outros: Eu Autorizo e cedo o Direito de Governar a mim mesmo a este Homem, ou a esta Assembléia de homens, com a condição de que você também ceda o seu Direito e, da mesma forma, Autorize todas as Ações dele. Feito isso, a Multidão unida em uma só Pessoa passa a ser chamada de ESTADO, em Latim CIVITAS. Assim nasce o grande LEVIATÃ, ou melhor (de forma mais reverente), o Deus Mortal, a quem devemos, depois do Deus Imortal, nossa paz e nossa defesa.

Hoje estamos em um estado de natureza hermenêutico, numa guerra entre todos os intérpretes, onde cada um parte de um grau zero de sentido, com seus métodos próprios. Vivemos o império dos subjetivismos, axiologismos, relativismos. Cada juiz decide conforme sua consciência.

A ruptura de tudo isso não se dará através da delegação da interpretação a uma espécie de *Leviatã* hermenêutico, cujas decisões vinculem a todos os cidadãos, como pretendem as súmulas vinculantes.

Para Lenio Luiz Streck, súmula vinculante é uma hipostasiação de discursos de fundamentação. Trata-se da atribuição de um realismo ficcional, onde o pólo de tensão é reduzido ao plano de validade (2011, p. 390). Ele lembra que Alexy resume isso a um discurso de validade universal aplicável a diversas situações práticas, de modo a resolver problemas futuros que nele se subsumam.

Como saber qual é a norma correta aplicável a um determinado caso concreto?

Mais uma vez, com as súmulas vinculantes, acreditou-se na possibilidade de encontrar a resposta correta lidando apenas com conceitos, esquecendo-se dos fatos.

Também, quando existe controle de constitucionalidade, não é necessário haver súmula vinculante referente a dispositivo inconstitucional, pois, se uma lei é efetivamente

inconstitucional, qual é a lógica de se atestar isso por meio de uma súmula? Não bastaria declarar a inconstitucionalidade do ato normativo?

Com a súmula vinculante, institucionaliza-se determinada interpretação a um ato normativo qualquer. Esse procedimento faz parte do processo de atribuição de sentidos próprio da hermenêutica.

Nesse sentido, para Lenio Luiz Streck, forma-se um círculo vicioso: primeiro, aceita-se discricionariedades e arbitrariedades em face do caso concreto; depois, devido à multiplicidade de respostas, cria-se um sistema desgovernado, fragmentado; na sequência, para controlar esse caos, constrói-se “conceitos abstratos, com pretensões universalizantes, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses futuras de aplicação” (2011, p.392).

A vinculação sumular, pode parecer paradoxal, mas apenas reforça o positivismo, pois súmulas são textos, e o positivismo cinge-se a textos.

A súmula é produto de um conjunto de textos, cuja finalidade é resolver todos os casos futuros semelhantes, o que as diferencia também dos precedentes judiciais.

Mais uma vez: como um texto pode prever todas as situações da vida?

Lenio Luiz Streck explica que o principal problema da súmula é a eliminação de situações concretas pelo “esquema sujeito-objeto, a partir da hipostasiação de uma super-norma que passa a ‘sobreviver’ à revelia das próprias situações concretas que a ensejaram”. E mais: “a súmula parte assim de um grau zero de significação fática, o que é inclusive anti-hermenêutico”. Em alusão a Thomas Hobbes, isso redundaria num verdadeiro estado de natureza hermenêutico, pois, na medida em que a súmula é feita para resolver casos futuros, transformando (futuros) casos difíceis em casos fáceis, procura-se facilitar a tarefa do intérprete. De um lado, decidir-se-á casos dedutivamente, de outro, num passe de mágica, decide-se milhares de casos de uma só vez (STRECK, 2011, p. 393-394).

Uma pergunta: a faticidade cabe nas súmulas?

Lenio Luiz Streck sugere que Gadamer responderia à pergunta da seguinte forma: só podemos “compreender o que diz o texto a partir da situação concreta na qual foi produzido” (STRECK, 2011, p. 398).

Um exemplo de Lenio Luiz Streck pode muito bem ilustrar o que se pretende dizer aqui. Com efeito, conforme o texto da súmula vinculante nº 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.

As situações em que há fundado receio de fuga e perigo à integridade física própria ou alheia serão definidas pelo agente público no momento da prisão.

Na obra, Lenio Luiz Streck lembra que Didier comentou que “esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de aceção tão vaga que mais parece texto legislativo. As dificuldades de sua aplicação serão tantas que certamente deverão surgir outras súmulas concretizando esta”. Mas, realmente, as súmulas são gerais e abstratas, como a lei. Pensa-se que com a edição de uma Súmula “a *ratio decidendi* pudesse ser exclusivamente uma proposição de direito, abstraída da questão de fato” (STRECK, 2011, p. 397-398).

Trata-se pois de um grave problema, isto é, a súmula vinculante transforma a “*ratio decidendi*” em uma lei.

## 5. CONCLUSÃO

No movimento constitucionalista do início do século XVIII ainda não havia uma preocupação em garantir e efetivar as Constituições ou em rever as falhas do Parlamento na produção de Leis, isto é, um controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois prevalecia o paradigma racionalista.

Contudo, nas democracias modernas, conforme a complexidade das relações sociais, sentia-se falta de uma jurisdição constitucional a fim de realizar as Constituições, isto é, era preciso garantir e efetivar os valores considerados mais importantes por uma comunidade nacional.

As primeiras Cortes ou Tribunais Supremos surgiram na Áustria e nos Estados Unidos da América. No Brasil, o modelo de jurisdição constitucional é denominado Misto ou Híbrido, pois contempla elementos dos modelos europeu e americano.

Neste contexto, é que se fala em súmula vinculante.

No modelo brasileiro, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, a Constituição passou a dar poderes para o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeito vinculante. Contudo, as características das súmulas vinculantes as tornam semelhantes às Leis, pois

estabelecem soluções em textos resumidos e abstratos, apesar de emanados pelo Poder Judiciário, o que para alguns é necessário para garantir e efetivar a Constituição; mas, para outros, faz nascer um estado de natureza hermenêutico, rompendo a Separação dos Poderes: uma verdadeira usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário.

Em “Verdade e Consenso”, Lenio Luiz Streck explica que as súmulas vinculantes são discursos contrafactuais ou hipostasiação judicial pre-fundamentada com natureza normativa geral e abstrata.

De fato, conforme pudemos observar, é impossível uma súmula vinculante resumir o precedente. Trata-se de um retorno ao positivismo iluminista, pois, na aplicação de súmulas vinculantes a futuros casos fáceis, a faticidade é jogada no lixo e o discurso singe-se ao plano textual de validade.

Procura-se os fatos...

## 6. REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Blini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 13ª ed. Brasília: Editora UnB, 2007.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

- CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico- semântico**. São Paulo: Noeses, 2010.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CORTÊS, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 1 volume.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **As Súmulas Vinculantes no Brasil e a Necessidade de Limites ao Ativismo Judicial**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, v. 106/107, p. 267-285, jan./dez. 2011/2012.
- PINTO, Daniel Andrade. **Direitos Fundamentais e as Engrenagens da Democracia: uma construção lógico-semântica**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru-SP, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. OLIVEIRA, Flávio Luis de. **Constitucionalismo, Democracia, Procedimento e Substância**. 1ª ed. Birigui/SP: Boreal, 2013.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

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

TEIXEIRA, Odemir Bilhalva. **Súmula Vinculante**: perigo ou solução. 1ª Ed. Campinas: Russel Editores, 2008.