

**III JORNADA INTERAMERICANA DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE
BRASILEIRA DE PESQUISA EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazon (UNOESC)
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil
IDP | Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília, DF, Brasil
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil
RBPDF | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais
UEXTERNADO | Universidade Externado, Colômbia
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

D598

Direitos Fundamentais em Debate [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Ana Cândida da Cunha Ferraz, Eduardo Biacchi Gomes, Gina Vidal Marcílio Pompeu – São Paulo: RBPDF, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-385-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Cíveis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa
em Direitos Fundamentais

III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPFD

DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DEBATE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O livro direitos fundamentais em debate, é fruto da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os melhores trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu

A FACE ANTIDEMOCRÁTICA DAS DECISÕES COM PODERES VINCULANTES

THE ANTI DEMOCRATIC FACE OF DECISIONS WITH BINDING POWERS

Vinicius Barboza ¹
Anna Candida da Cunha Ferraz ²

Resumo

Os Autores objetivam analisar o enfraquecimento da democracia pelo proferimento de decisões com efeitos vinculantes e pela edição das súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Tal tratativa será embasada na defesa do fiel cumprimento do processo legislativo enquanto função natural do poder legislativo e a ausência da delegação da representação popular aos ministros do Supremo Tribunal Federal pelos cidadãos.

Palavras-chave: Direito e democracia, Poderes vinculantes, Democracia, Ativismo judicial, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

The Authors has the objective to explore the weakening of democracy by decisions utterance with binding powers and by editing the binding precedents by the Federal Supreme Court. The development of this work will be based in the defense of the faithful fulfillment of the legislative process as a natural function of the legislative power and the absence of the delegation of popular representation to the Federal Supreme Court by citizens.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and democracy, Binding powers, Democracy, Judicial activism, Fundamental rights

¹ Mestrando em Direitos Humanos e Fundamentais pelo Centro Universitário FIEO – UNIFIEO.

² Doutora e Livre Docente em Direito e professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora titular do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO

Introdução

A elaboração do presente artigo tem como cerne a elaboração de uma análise crítica relacionada às decisões com poderes vinculantes, tomando por base, além dessas decisões, a edição das súmulas vinculantes e a forma pela qual tais institutos vêm a lesar, ou não, os valores democráticos do Estado brasileiro.

Para a construção da temática exploraremos o conceito de democracia, sua origem histórica em Atenas, o aperfeiçoamento conceitual e a forma pela qual se deu a sua consolidação em nosso Estado. Em seguida desenvolveremos referencial teórico para tratar a respeito das decisões com poderes vinculantes, expondo as suas peculiaridades e abordando, ainda, a diferenciação entre as decisões *erga omnes* e as decisões com poderes vinculantes. Por conseguinte, buscaremos delimitar o terreno democrático e a forma pela qual tais decisões contudem a pureza de um princípio tão importante do nosso país.

Como ordem final buscaremos a convergência de ambas conceituações com a intenção de fomentar uma reflexão prática a respeito de possíveis inovações que sejam capazes de adequar as referidas decisões, e, também as súmulas, ao processo legislativo de maneira harmônica e condizente com os preceitos constitucionais.

O trabalho objetiva analisar o tema já elencado com o objetivo de demonstrar a necessidade de assegurar a observância do cumprimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito consagrado no ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, o oferecimento, ao legislativo, de forças representativas capazes de garantir aos cidadãos o desejado no momento do exercício do voto.

Tais reflexões colaborarão para alcançar o objetivo final do trabalho que é fomentar discussões a respeito da face antidemocrática das decisões proferidas pelos tribunais capazes de vincular decisões futuras e alterar a legislação de forma permanente, transpassando os limites atribuídos ao judiciário pela função atípica de legislar e relativizando a capacidade legislativa dos membros do Congresso Nacional e das demais casas legislativas.

A metodologia adotada para a confecção do presente artigo toma por base um estudo histórico-evolutivo dos conceitos de democracia e das decisões com poderes vinculantes, temáticas tangidas em consonância com a situação pátria do nosso momento social e do nosso ordenamento jurídico.

Para o alcance dos objetivos da pesquisa foi adotada pesquisa bibliográfica envolvendo fontes capazes de referenciar o momento histórico do surgimento da democracia e textos, artigos e livros capazes de tornar o assunto das decisões, e súmulas com efeitos vinculantes ao bojo temático construído, todo empenho realizado visando alcançar reflexões capazes de fortalecer a tese elucidada no cerne do presente artigo.

Posteriormente será analisada a temática sob o prisma das consequências sociais atribuídas à prática da prolação de decisões com efeitos vinculantes e a respectiva sumulação de entendimentos, interpretação e decisão, à luz de uma abordagem doutrinária, legal e jurisprudencial. Nessa última, cuida-se do tratamento que o Supremo Tribunal Federal confere aos institutos que produzem efeitos vinculantes e a forma como esses instrumentos se tornam capazes de prejudicar o Estado Democrático de Direito e de ferir o princípio da repartição dos poderes e a sua coexistência harmônica.

1. Conceituação de democracia e seu amparo jurídico-constitucional no Brasil

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi julgado como ideal a construção de uma âncora conceitual a qual servirá como lastro para o coerente desenvolvimento da temática. O primeiro conceito importante que devemos explorar será o conceito central do trabalho que é a definição precisa do conceito de democracia e a forma pela qual ela regula a nossa vida em sociedade em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e a estruturação política de nossa nação.

A evolução da democracia é um tema muito explorado no estudo da história das civilizações¹, dada a importância com que ecoa nos mais diversos ramos do direito. O conceito de democracia tem sua concepção atribuída a Clístenes², atribuição tal como pode ser observado na obra de FERREIRA FILHO (2001, p.3),

Como todas as cidades helênicas, Atenas passou na sua história por várias formas de governo. Foi monarquia, foi aristocracia e, por volta de 509 a.C., tornou-se uma

¹Conferir, entre outros: BURDEAU. Georges. La Democracia. Trad. e prólogo de Manuel Jiménez e Parga. 2ª reimpressão. Caracas/Barcelona: Ediciones Ariel. 1970.

² (~ 560 - 508 a. C.) – Político, filósofo, estadista e legislador grego nascido em Atenas.

democracia. É essa data a da implantação das reformas de Clístenes, que é considerado o fundador da democracia ateniense.

Para a compreensão do conceito de democracia atualmente difundido em nossa sociedade e no mundo partiremos por uma análise semântica da palavra, com a definição do DICIONÁRIO MICHAELIS^{3 4}

democracia

sf

POLÍT

1 Forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo: “Queremos a paz com liberdade, a lei com legitimidade, a democracia não como uma palavra, mas como um processo de ascensão do povo ao poder” (CA).

2 Sistema de governo em que cada cidadão tem sua participação.

3 Sistema político dedicado aos interesses do povo.

4 Forma de governo que tem o compromisso de promover a igualdade entre os cidadãos.

5 Sistema político influenciado pela vontade popular e que tem por obrigação distribuir o poder equitativamente entre os cidadãos, assim como controlar a autoridade de seus representantes.

6 Sistema de governo caracterizado pela liberdade do ato eleitoral.

7 Governo que respeita a decisão da maioria da população, assim como a livre expressão da minoria.

Pela hermenêutica filológica e doutrinária da palavra devemos intuir, então, que democracia é uma forma de governo na qual os cidadãos detêm participação e em que o governo deverá respeitar a decisão da maioria da população, através do controle, pelo Estado,

³ Michaelis. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. Link de acesso:

<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=democracia> . Acessado em 01/10/2016.

⁴ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (na obra Dicionário da Política. 4ª ed. Trad. Carmem C. Varrialle et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992, pp. 319-329, Vol. 1) desenvolvem amplas páginas acerca do desenvolvimento do conceito de democracia. Relevante acentuar que traçam da transição dos conceitos deste Aristóteles e das subsequentes três etapas do mesmo, e acentuam as características do termo na modernidade. Entre essas enfatiza a noção de sistema de governo em que ao povo é atribuída a soberania popular, pelo voto, este cada vez mais alargado para abranger o maior número dos cidadãos de um Estado, a relevância da representatividade popular através do voto, o desenvolvimento da democracia qualitativa, entre outros aspectos. Os indicadores trabalhados por MICHAELIS estão subsumidos nessa conceituação.

da autoridade dos representantes eleitos pela população os quais deverão estar empenhados em atender os interesses do povo⁵.

Para FERREIRA FILHO (2015 p. 114) a delimitação do conceito de democracia se desenvolve pelos trajetos da representação, a qual é definida como “...vínculo entre governados e os governantes pelo qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio...”, esclarecendo de plano a ideia de que o poder e as decisões devem emanar do povo e que a delegação do poder é realizada aos seus representantes para que sejam defendidos os seus interesses.

Fortalecendo tal entendimento, ensina SILVA (2012 p.125):

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo e cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo.

Ao aperfeiçoar tal definição, o autor coloca o conceito de democracia acima de um plano político, atribuindo a ele o *status* de definição de um processo de conquista, pelo povo, de um importante papel na garantia de seus direitos fundamentais. A democracia, então, passa a ser encarada como um leque de opções populares capaz de possibilitar o alcance da evolução social por meio da vontade do povo.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra, em seu artigo 1º, a configuração democrática do Estado brasileiro e no parágrafo único desse artigo 1º a forma de governo democrático ao versar: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Como elo integrador das conceituações expostas à visão prática cotidiana da democracia, DANTAS (2016) versa precisa e poeticamente,

⁵ BURDEAU, citado, p. 23, lembra que a palavra democracia está indissolúvelmente ligada à ideia de liberdade, sendo que a autoridade “subsiste sin duda, pero está ordenada de tal forma” que, ao fundar-se sobre la adesão dos que estão submetidos, se faz compatível com sua liberdade.”. E continua mais adiante: “as pessoas dos governados está acima dos interesses dos governantes” (p; 24), pelo que, parafraseando o autor, a democracia “assegura ao individuo sua participação na função governamental, porque a autoridade se funda na vontade daqueles a quem obriga”. (n. tradução)

A democracia, desdobrada no tempo em tipos diversos (diretas, semi-diretas, indiretas), em constante diálogo, atualmente, com a noção tão marcadamente moderna e contemporânea de representação política, ademais deve ingressar, sobretudo, nos sentimentos, para que o sujeito-cidadão tenha espiritualmente incorporados os valores democráticos de maneira vital, a triunfar, ao menos no cotidiano e em cada indivíduo, sobre toda e qualquer manifestação política autoritária negadora da liberdade humana, neste estudo manifesta em história política tão distante, tão próxima.⁶

Consolidado, então, o entendimento do que é democracia e a sua previsão no bojo da Constituição como um princípio fundamental que deve se sobrepor à qualquer horizonte autoritário, passaremos a construir a seguir a conceituação das decisões com poderes vinculantes, seus efeitos e a forma por meio da qual esses interferem na vida dos cidadãos do Estado.

2. As súmulas com poderes vinculantes e seus efeitos.

A súmula vinculante, com o seu reconhecimento e fortalecimento a partir da Reforma do Judiciário, promovida a partir de uma Emenda Constitucional (EC 45/2004), objetivando assegurar a celeridade processual consagrada constitucionalmente (art. 5º, LXXVIII) teve, desde a sua convalidação, uma notória relevância para suprimir a lacuna existente com relação ao citado dispositivo; porém, com o passar dos anos, novas discussões foram surgindo à respeito da viabilidade constitucional da formatação prática que passou a ser dada para esse instituto. A seguir, exploraremos o desenvolvimento histórico da súmula vinculante, no Brasil, e a sua conceituação e alcance para possibilitar posterior confronto com a temática já abordada da democracia.

Veja se é isto que pretende dizer, quanto ao histórico: Texto deve ser colocado depois do que segue

⁶ DANTAS, Luis Rodolfo de Souza. A Democracia Nascente. Link de acesso: <http://bugiosepapagaios.blogspot.com.br/2016/02/a-democracia-nascente-atenas-depois-de-5.html>. Acessado em: 13/10/2016.

No Brasil, a figura aparece já com a aplicação das Ordenações Filipinas, que inovaram com o instituto dos “Assentos da Casa de Suplicação”, o qual trazia a previsão da força vinculativa de seu texto. Na fase pós-independência do Brasil, em muitos momentos foram consagrados e revogados os efeitos vinculantes do direito sumular, sendo de essencial importância a referência à Lei n. 18 de 18 setembro de 1828, a qual criou o Supremo Tribunal de Justiça e, em seu Artigo 19 que estabeleceu procedimento para a uniformização da legislação, *in verbis*:

O Tribunal Supremo de Justiça enviará todos os anos ao Governo um relação das causas, que foram revistas, indicando os pontos sobre que a experiência tiver mostrado vício, ineficiência da legislação, as suas lacunas e incoerências, para o Governo propor ao Corpo Legislativo, a fim de se tomar a resolução que for conveniente.

Indicamos a importância dessa etapa da evolução do direito sumular no Brasil no intuito de ressaltar o fato de que a participação dos representantes do povo já se fazia entendida como necessária para a uniformização da legislação, possivelmente objetivando resguardar os princípios democráticos do Estado brasileiro e a distribuição de poderes então existente.

Ainda na toada da evolução dos efeitos ou das súmulas vinculantes, LENZA (2013 p. 867), desenvolve sua análise demonstrando que no Decreto Legislativo 2.684, de 23 de outubro 1875, foi atribuída ao Poder Legislativo, a possibilidade de derogar os assentos que eram revestidos com força de lei. A análise posterior já nos remete à Constituição da República de 1891, a qual extinguiu a figura da vinculação dos poderes, que só veio a tomar forma, novamente, em 28 de março 1963, por Emenda Regimental. Não obstante, impõe-se mencionar o seu ressurgimento na Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, ainda vigente, em seu Art. 902 § 4º, o qual determinava que os prejudgados prolatados pela jurisdição da Justiça do Trabalho deveriam ser respeitados obrigatoriamente.⁷

De acordo com LENZA (2013 p. 866), a evolução do instituto das súmulas vinculantes, no contexto atual brasileiro, se deu mediante influência do direito português,

⁷ Pode dispositivo de Legislação Nacional, anterior à Constituição em vigor, determinar tal competência que parece não se abrigar no texto da nova Constituição de 1988? Pode lei estender sua aplicação além dos limites estabelecidos pela própria Constituição?

baseado no Art. 282, n. 1, da Constituição Portuguesa de 1976, já agora atrelado ao conceito de “força obrigatória geral”, a qual perfaz a ideia de vinculação geral e força de lei; observemos que não se trata de *status* de lei, mas sim de força de lei.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não trouxe em seu bojo a previsão da existência das súmulas vinculantes, mas sim a possibilidade de institutos responsáveis pela orientação dos tribunais de hierarquia inferior, como a edição de Súmulas para a estratificação de jurisprudência, Orientações Jurisprudenciais de mesma finalidade, muito adotada na Justiça do Trabalho e os Procedimentos Normativos dos Tribunais.

A súmula vinculante, por fim, veio a ser incluída no ordenamento jurídico brasileiro com base na Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu novo artigo ao texto constitucional em vigor, o art. 103-A e parágrafos, com a seguinte redação:

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.

Tal artigo foi regulamentado posteriormente pela Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006.

Referida lei, ao disciplinar as súmulas vinculantes, trata expressamente em seu art. 2º *caput* e § 1º, sobre a matéria (já considerada no § 1º do art. 103, CF) que poderá constituir objeto da mesma ao dispor:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Nesse momento é de fundamental importância resgatar alguns exemplos de súmulas vinculantes com o objetivo de demonstrar que há, atualmente, uma face nas súmulas vinculantes que não observa estritamente o enunciado legal, normatizando, muitas vezes, contra a própria Constituição. Tomaremos como exemplo a Súmula Vinculante n. 6, de 16 de maio de 2008, a qual traz o seguinte texto: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”. É claro que, nessa súmula, há dois pontos conflitantes com o sistema constitucional em vigor: (a) inicialmente, o Supremo Tribunal Federal não se atém à matéria sobre a qual tem competência para sumular, ou seja a matéria que lhe é atribuída pelo texto constitucional e legal. Como se lê, não há referência, nessa súmula, tratar-se de interpretação ou da eficácia de normas determinadas (seja de natureza constitucional, seja legislativa), nem há indicação sobre a existência de controvérsia repetida em decisões jurisdicionais; por outro lado, não há indicação de controvérsia que acarrete situação de grave insegurança jurídica; (é isso que quer dizer?) ao texto legal da prerrogativa material da Súmula Vinculante e (b) o STF legisla (ou normatiza) de forma contrária ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e parágrafos da CF) e ao art. 7º, IV do texto constitucional em seu Art. 7º, IV, que versa:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Notamos, então, que, pelo exemplo citado, atualmente há uma inegável distorção do intuito fundamental na utilização das Súmulas Vinculantes pelo STF.

Importante se faz, ainda nesse momento, registrar a diferenciação entre as súmulas, ou decisões com poderes vinculantes, e as conhecidas decisões com efeitos *erga omnes*; nessas, conforme ensina FROÉS (2015), a eficácia *erga omnes* é uma característica de todas as normas jurídicas, as quais qualquer pessoa deverá observar, desde que estejam enquadrados em seu espectro de incidência, sendo inclusive válida, na mesma amplitude, para as decisões judiciais; já o efeito vinculante, de acordo com os ensinamentos de SILVA (2012 p. 567), é aquele atribuído às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando os demais órgãos do poder judiciário, a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, tal qual ocorre nas súmulas vinculantes, o que justifica então a razão da conglobação de ambos os conceitos na análise do presente artigo.

Embasados pelo referencial desenvolvido acima, se faz então objeto de reflexão para o presente tópico o seguinte ponto: será razoável (ou constitucional?) a elaboração de um dispositivo ou norma elaborada pelo Supremo Tribunal Federal judiciário capaz de vincular, em seus efeitos as decisões todos os tribunais inferiores, impedindo-lhes a análise de um caso concreto e determinando seu julgamento conforme preceitos estabelecidos pela Corte Superior, mesmo esses sendo editados, algumas vezes, com a inobservância do texto constitucional? Onde fica a liberdade de o juiz julgar, inerente à sua função e reconhecida em todas as constituições contemporâneas?⁸ Onde ficam os direitos fundamentais individuais, desprovidos da tutela jurisdicional assegurada pela Constituição, regra votada pelo povo por intermédio dos constituintes? Onde fica a democracia, com suas normas de exercício de poder e a exigência de respeito, pelos poderes, do cumprimento de suas competências originais, sem

⁸ Para exemplo, ver Constituição da Alemanha, o art. 97, referindo-se à independência dos juízes estabelece: “1. Os juízes são independentes e não se submetem senão à lei”.

interferência uns nos outros? Ou estamos perante um instituto que fere a democracia e o direito dos cidadãos?

Objetivando embasar a resposta a esses questionamentos vejamos a seguir o referencial teórico que objetiva aperfeiçoar o entendimento do processo legislativo e da extensão prática dos efeitos vinculantes no dogma democrático sobre a representatividade do povo.

3. O efeito da prolação das decisões com poderes vinculantes.

Como já abordado anteriormente muitas são as discussões fomentadas a respeito da constitucionalidade/inconstitucionalidade das referidas decisões e súmulas com efeitos vinculantes. Porém, objetivando alcançar o espectro democrático das consequências desses institutos, julgamos coerente iniciar o exame desse questionamento baseando-nos em estudos anteriores de FERRAZ (2015) no prefácio de sua obra onde versa:

Desde a publicação da 1. versão⁹ e ainda na vigência da Constituição anterior, vem esta obra sendo citada no Supremo Tribunal Federal como fundamento teórico para a rejeição de atos normativos ou mesmo interpretações constitucionais que significavam verdadeiras mutações inconstitucionais, porque feriam o texto constitucional e reduziam, em larga escala, a sua força normativa nos moldes apregoados por Konrad Hesse. Essa rejeição também se apresentou com relação ao início da vigência da Constituição de 1988, principalmente na palavra do Min. Celso de Mello. Mais recentemente a discussão é retomada às vezes recusando a admissão das inconstitucionalidades de mutações levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a temática permanece presente na jurisdição constitucional. Para exemplo-se ver, entre outras, a discussão travada na Recl. 4225 – Acre, maio de 2014, na qual ficou bem definida a posição do Min. Relator sobre a possibilidade de o STF modificar a própria letra da Constituição. Essa posição não foi aceita pela

⁹ A menção, feita na 2ª edição, em versão eletrônica, publicada pela EDIFIEO, em 2015, se refere à primeira edição do livro *Processos Informais de Mudança da Constituição em 1986*, publicado pela Editora Max Limonad. A intenção de iniciar o presente capítulo com tal citação é demonstrar como, mesmo trinta anos após a edição de uma relevante obra para o Direito brasileiro a discussão ainda se perfaz atual e relevante, uma vez que na citada Reclamação 4225 ficou entendido de forma majoritária que não foi aceita a vertente que atribui ao STF a capacidade de alterar a letra da nossa Carta Magna, uma vez que tal competência é exclusiva do Poder Legislativo de Reforma Constitucional, tal qual o presente artigo objetiva demonstrar.

maioria da nossa Corte Jurisdicional, porém abre as portas para a retomada da discussão sobre se a interpretação constitucional que viola ou modifica a Constituição pode permanecer, seja como forma de adaptar a Constituição a novas realidades, seja como medida de acréscimo na decisão jurisdicional para suprir omissão inconstitucional dos poderes constituídos.

Autores há aos quais parece adequado atribuir às decisões com poderes vinculantes a qualidade de instrumentos positivos no tocante à possibilidade de darem maior celeridade (conforme o art. 5º, LXXVII, CF) ao andamento de processos que se multiplicam nos diversos níveis do Poder Judiciário, muitas vezes com decisões conflitantes entre si.

De plano é importante esclarecer que, no Brasil, a função das Súmulas Vinculantes não é suprir a ausência de normas, diferentemente dos Estados Unidos da América e Inglaterra, onde a teoria do precedente, viabiliza que, mesmo sem a obrigatoriedade, as decisões sejam respeitadas pelos juízes das esferas inferiores quando uma decisão é tomada pela Suprema Corte em caso perfeitamente semelhante. O objetivo da súmula é evitar a procrastinação das decisões, refletindo às esferas inferiores as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, impedindo a recalcitrância dos juízes em aceitar decisões do STF, continuando a decidir contrariamente e obrigando a subida dos autos ao STF, aumentando-lhes, pois, o trabalho.

Em muitos casos, tais súmulas podem até suprir a inércia do poder legislativo, uma vez que inúmeras demandas judiciais se circunscrevem a questões sem a previsão legal de uma solução, tal qual previsão da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) em seus Arts. 4º e 5º, que estabelecem, respectivamente: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, sendo essa uma hipótese na qual o judiciário deve agir para colaborar com a harmonia e independência dos três poderes. Assim, questões de ordem prática, citadas pela doutrina conforme já mencionado, podem justificar a utilização das súmulas vinculantes.

Todavia, há que se considerar que soluções que atendem questões práticas devem, em primeiro lugar, estarem conformes à teoria constitucional e democrática estabelecida e adotada Constituição brasileira. Em outras palavras, não é possível contrariar princípios e normas constitucionais, especialmente os chamados princípios fundamentais, mesmo tendo em vista atender questões de ordem prática que, é óbvio, podem ser do interesse de alguns ou de muitos. A supremacia constitucional e sua força normativa devem permanecer intocáveis.

Assim, contrariando o entendimento supra a edição das decisões e súmulas vinculantes, objeto de estudo do presente artigo, deve ser adotada em harmonia com a decisão assentada na citada Reclamação 4225 (acima mencionada), onde ficou decidido que não pode o Poder Judiciário, nem mesmo por intermédio do seu Tribunal superior - o STF - modificar a letra ou o entendimento da nossa Constituição. Tal compreensão é construída na ideia básica de que a Constituição deve ser encarada como intocável (salvo pelos meios e instrumentos nela própria previstos para esse fim e com os limites para tanto estabelecidos) dada a complexidade do processo legislativo e da construção de uma constituição escrita e rígida, dotada de supremacia constitucional, que lhe assegura o respeito pelos poderes constituídos.¹⁰

Importante observar a respeito o ensinamento de STRECK (2008 p.165), o qual em determinado momento de uma de suas obras indica o objetivo da edição de súmulas como sendo uma forma de reduzir as demandas repetitivas do judiciário, sem deixar de concluir sobre o “arrocho” da competência do Poder Constituinte Legislativo ao explicar:

Não se olvide que a justificação da outorga desse poder ao judiciário está (e sempre esteve) baseada na *necessidade* de diminuição das demandas repetidas, algo que já foi chamado de “racionalização do judiciário”. No fundo, a construção democrática do direito no âmbito do parlamento vai sofrendo – progressivamente – um arrocho cada vez mais agudo, ora pela atividade legiferante do executivo, ora pela atividade – em última análise também legiferante – do judiciário, num achatamento institucional próprio dos tipos de democracia que Guillermo O’Donnel classifica como *Delegativas*.

¹⁰ Importante lembrar, nesse ponto, que somente a Constituição Originária ocupa o patamar do ordenamento jurídico. Nem mesmo as Emendas Constitucionais podem ter tal pretensão. É o que registra, com propriedade, Carlos Ayres Brito no texto “Poder Constituinte versus Poder Reformador. In Constituição e Democracia. MAUÉS, Antonio G. Moreira et Al. Org. São Paulo: Max Limonad Editora, 2001, pp. 39-48. Lembra o autor, entre outros pontos, que o Poder Constituinte, poder de fato que se coloca na “linha de largada do direito” está acima de qualquer outro, mesmo do Poder de Reforma que cria. Em outras palavras, a Constituição se coloca no “patamar exclusivo, instalada no topo do Ordenamento” e ninguém pode ocupar esse espaço (p.44). Daí porque “A Constituição se deseja modificada, sim, em algumas partes não clausuladas como pétreas. Mas, ainda quanto a essas partes modificáveis, a Constituição exige, para suas emendas, um tratamento a rédea curta” enfatiza o autor (p. 45). Em suma, o que quer se demonstrar é que a introdução dos efeitos vinculantes de uma súmula, como se verá adiante, por emenda constitucional ultrapassa a competência do Poder de Reforma Constitucional por ferir direitos intocáveis postos pelo constituinte originário e por ferir, de morte, a competência do Poder Legislativo, também intocável nos termos do art. 60 da CR.

Visando arrematar a análise dos efeitos das decisões e súmulas com poderes vinculantes e prosseguir na conclusão sobre algumas indagações propostas, STRECK (2008 p.185) preleciona, com clareza indiscutível:

Ainda, por fim, há um outro enigma a ser decifrado. E qual seria? É que as súmulas representam um paradoxo. E por que? Porque elas não diminuem e, sim, aumentam o poder dos juízes. Eles e os Tribunais é que ainda não se deram conta. O mais lamentável é que talvez nem venham a perceber isso. Tudo dependerá de que paradigma estarão “olhando” as súmulas...” Uma preocupação final: alguém já reparou que o mesmo movimento que se deu com as codificações introduzindo os “conceitos jurídicos indeterminados”¹¹ já se mostra presente nas súmulas vinculantes do STF? Especialmente a do uso abusivo de algemas... Só que agora, seguindo a via de deslocamento de tensão de poderes, o judiciário assume o papel de protagonista. E corremos o risco de o discurso do judiciário substituir a legislação democraticamente elaborada. (g. n.)

Entendemos, então, que a capacidade de alterar a aplicação, ou o entendimento das leis ou normas, por iniciativa do Poder Judiciário, por meio de decisões com efeitos vinculantes, é um mecanismo que não encontra respaldo na Constituição originária, enfraquece a representatividade popular em sua esfera política, uma vez que toda a construção do Estado brasileiro se dá na concepção básica de que o governo emana do povo, tal qual previsto no já abordado parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em um Estado Constitucional, que elege a democracia como regime e sistema de governo, assentada no poder soberano do povo para estabelecer e atribuir o exercício do poder, e que adota a distinção das funções e competências constitucionais entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, e comete ao Legislativo, como representante direto do povo, estabelecer as leis que obrigam a todos (art. 5º, II, e 59, da CF), a elaboração de normas obrigatórias, com força de lei, por outros poderes, se não expressamente autorizada pela

¹¹O termo “conceito jurídico indeterminado” fomentou muitas discussões no momento de sua aplicação, pois confere aos operadores do direito uma dúvida não quanto às consequências legais do seu descumprimento, mas sim quanto às palavras ou expressões contidas na própria norma. Um exemplo consagrado pela doutrina é o da “atividade de risco” prevista no Art. 927 do CC/2002, uma vez que não há dúvida quanto às consequências legais do desempenho de uma atividade de risco, mas sim quanto à margem interpretativa que o termo semântico abre quando analisado o seu conteúdo ou pressuposto, ganhando assim o *status* de “conceito jurídico indeterminado”.

Constituição (como ocorre com a medida provisória autorizada nos art. 59. V e art. 62, CF), fere profundamente o texto constitucional e não pode prosperar.

Conclusão.

Pelo desenvolvimento do referencial teórico, traçado para o presente trabalho, concluímos que a prolação de decisões com efeitos vinculantes por parte do Supremo Tribunal Federal é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pois que não observa o princípio fundamental de nossa Constituição em vigor, que coloca o Brasil em um rol de Estados democráticos.

Mesmo existindo a previsão, por emenda constitucional, dessa função atípica de legislação pelo Poder Judiciário é inevitável testificar que a vinculação de decisões futuras a um caso prático, sem a possibilidade de questionamento, fere a ideia básica de democracia e do Estado de Direito. A introdução desse mecanismo, por via de emenda, é inevitavelmente incompatível com nosso sistema democrático. Ao proferir tais decisões e fazê-las válidas e vinculantes a todos os membros da sociedade e especialmente aos órgãos judiciários inferiores, o Supremo Tribunal Federal **legisla** e em alguns momentos **inova** legislações para reger a vida de pessoas que não legitimaram essa atribuição pelas urnas. É de se indagar se estaremos a aceitar uma realidade na qual as **leis** – fundamento do Estado de Direito e garantidoras do princípio da segurança jurídica - deixaram de traduzir a vontade e as necessidades de toda uma sociedade? Seria possível aceitar, ante nosso sistema democrático, que o sentido da “lei”, como ordenadora e garantidora da ordem no Estado e traduzido no princípio da legalidade (princípio e direito consagrados no art. 5º, I da CR) estaria suprimido assim como estaria superada a função constitucional de o Poder Legislativo elaborar, com exclusividade as leis (Arts. 48 e 59, III CR), salvo as hipóteses constitucionalmente admitidas pelo constituinte originário)?

É complexa a coexistência de ideias que resultem em um Estado de Democrático de Direito no qual a edição de normas de aplicabilidade direta e absoluta, como costuma a doutrina e a jurisprudência tratar as súmulas vinculantes, possa conviver com a normalidade constitucional. A afronta à representatividade delegada aos legisladores pátrios (em qualquer nível de poder - União, Estados Municípios e Distrito Federal) eleitos pelo povo para cumprir funções legislativas é transparente, e faz com que a normatização social se distancie cada vez

mais da sociedade e seja sedimentada nos julgamentos técnicos de servidores concursados preocupados com a solução de conflitos e não com o aperfeiçoamento da sociedade por meio da elaboração de normas que reflitam a realidade o momento social do País, traduzidas, em princípio, na própria Constituição.

A reflexão realizada após o desenvolvimento do referencial teórico nos faz aventar a possibilidade da criação de um instrumento de conciliação entre as súmulas vinculantes e o processo legislativo ordinário. Tal mecanismo poderá se basear na recepção de uma súmula pelo ordenamento jurídico, em processo semelhante ao de acolhimento de emendas constitucionais, ou, mesmo, de legislação complementar à Constituição.

Acreditamos que, por meio de instrumentos como os citados, será possível neutralizar a inconstitucionalidade, o inconformismo, os inevitáveis danos causados aos direitos fundamentais, a possível injustiça e especialmente a inevitável afronta à democracia, ocasionados pelos efeitos vinculantes atribuídos em decisões judiciais.

A atribuição desses efeitos, se ratificados pelos representantes do povo, conferiria *status* de legalidade às decisões judiciais deles portadoras.

Ganharia o Poder Judiciário respeitando a Constituição, ganharia o povo, com sua representação efetivamente assegurada e ganharia a democracia, como regime do povo, pelo povo e para o povo.

Referências

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. Poder Constituinte *versus* Poder Reformador. In MAUÉS, Antonio G. Moreira et al (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad Editora, 2001, pp.39-48,

BURDEAU. Georges. La Democracia. Trad. e prólogo de Manuel Jiménez e Parga. 2ª reimpressão. Caracas/Barcelona: Ediciones Ariel. 1970.

DANTAS, Luiz Rodolfo de Souza. DANTAS, Luis Rodolfo de Souza. **A Democracia Nascente**. Link de acesso: <http://bugiosepapagaios.blogspot.com.br/2016/02/a-democracia-nascente-atenas-depois-de-5.html>. Acessado em: 13/10/2016.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, GAINFRANCO. **Dicionário de Política**. Trad. VARRIALLE, Carmem C. et al. 4ª edição. Brasília: EDUNB - Editora Universidade de Brasília 1º V.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40ª Ed. Saraiva, São Paulo: 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. Ed. Saraiva, São Paulo: 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudanças da constituição**. 2ª Edição. Versão Eletrônica. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FRÓES, Tagore. **Efeito Vinculante x Eficácia Erga Omnes: Há Diferença?**. Link de acesso: <https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189149130/eficacia-erga-omnes-x-efeito-vinculante-ha-diferenca>. Acessado em: 03/10/2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva, São Paulo: 2013.

MICHAELIS MODERNO **DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Link de acesso: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas Vaguezas e Ambiguidades: Necessitamos de uma “Teoria Geral dos Precedentes”?**. In **Direitos Fundamentais & Justiça** nº 5. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: HS Editora Ltda. Doutrina Nacional, 2008.